

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**  
**FACULTAD DE DERECHO**



**TESIS DOCTORAL**

**El control de convencionalidad de la renuncia a la  
persecución penal para agentes del Estado**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

**José Ernesto Rey Cantor**

DIRECTOR

**Javier Francisco García Roca**

Madrid

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**  
**FACULTAD DE DERECHO**



UNIVERSIDAD  
**COMPLUTENSE**  
MADRID

**TESIS DOCTORAL**

**EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LA  
RENUNCIA A LA PERSECUSIÓN PENAL PARA  
AGENTES DEL ESTADO**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR**

**PRESENTADA POR**

**JOSÉ ERNESTO REY CANTOR**

**DIRECTOR**

**JAVIER FRANCISCO GARCÍA ROCA**

**2020**

## AGRADECIMIENTOS

*Con profundo respeto y admiración agradezco a mi maestro JAVIER GARCÍA ROCA el haberme enseñado a investigar y a escribir.*

*A IGNACIO GARCÍA VITORIA, por su solidaridad en los momentos más difíciles durante mi estadía en España.*

*Mi sueño también lo hizo posible RAÚL CANOSA USERA, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, al abrirme las puertas a la Maestría y al Doctorado.*

## DEDICATORIA

*Con cariño, amor y admiración dedico mi trabajo doctoral a mi hija ANGELA MARGARITA REY ANAYA, quien me ha acompañado en la defensa de los derechos humanos de las víctimas del conflicto armado interno colombiano.*

*Con ella siempre Unidos por la Justicia,  
hasta el último día de mi vida.*

## ABREVIATURAS

Acuerdo Final o AFP	Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera
A.L.	Acto Legislativo
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
Ley Estatutaria de la JEP	Ley Estatutaria de la Jurisdicción Especial para la Paz
OEA	Organización de los Estados Americanos
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
SA	Sección de Apelación
SAI	Sala de Amnistía o Indulto
SARV	Sección de Ausencia de Reconocimiento de la Verdad
SDSJ	Sala de Definición de Situaciones Jurídicas
SE	Secretaría Ejecutiva
SIVJRN	Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición
SR	Sección de Revisión
SRV	Sección de Reconocimiento de la Verdad
SRVR	Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los hechos y conductas
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFA	Tribunal Federal Alemán
UBPD	Unidad de Búsqueda de Personas Desaparecidas
UIA	Unidad de Investigación y Acusación

## TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
Abreviaturas	5
Resumen	12
Introducción	13
 <b>CAPÍTULO I</b>	
<b>EL DEBER INTERNACIONAL DE INVESTIGAR, JUZGAR Y SANCIONAR EN PERSPECTIVA HISTÓRICA</b>	
<b>1. ANTECEDENTES Y CONTEXTO HISTÓRICOS</b>	32
<b>2. LA GUERRA</b>	32
<b>3. EL DERECHO DE LOS CONFLICTOS ARMADOS</b>	33
<b>4. EL TRATADO DE VERSALLES Y LA SOCIEDAD DE LAS NACIONES</b>	35
4.1. Acusación penal contra el emperador Guillermo II y algunos agentes del Estado y militares	36
4.2. Corte Permanente de Justicia Internacional	37
<b>5. CARTA DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS</b>	38
5.1. Acuerdo de Londres y Tribunal de Núremberg	40
5.2. Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio	43
5.3. Declaración Universal de Derechos Humanos	43
5.4. Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949	45
5.5. Tribunales penales internacionales <i>ad hoc</i> y Tribunales mixtos	46
5. 6. La configuración de los crímenes internacionales con estatus de <i>ius cogens</i> .	50
<b>6. CARTA DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS Y LA DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE</b>	52
6.1. Las Convenciones Interamericanas y el deber de investigar, juzgar y sancionar	54
6.2. Interconexión normativa entre las Convenciones Interamericanas, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional	56
<b>7. DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO DURANTE LA GUERRA FRÍA</b>	57
7.1. Protocolo Adicional II y las Amnistías	58
7.2. Infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario	59

7.3. El deber de adoptar medidas legislativas para tipificar las infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario y el deber de investigar, juzgar y sancionar	61
<b>8. EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL</b>	62
8.1. Concepto	63
8.2. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional	64
8.3. Preámbulo del Estatuto de Roma	65
8.4. Crímenes de lesa humanidad	66
8.5. Crímenes de guerra	67
<b>9. LA FISCALÍA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LA SITUACIÓN EN COLOMBIA EN EL MARCO DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO</b>	70
9.1. Examen preliminar de la situación en el 2004	70
9.2. Reporte intermedio en la situación en 2012	70
9.3. Informe sobre las actividades de examen preliminar 2018	74
<b>10. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS</b>	77
10.1. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la competencia para activar el control de convencionalidad	77
<b>11. CASOS EMBLEMÁTICOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS</b>	79
11.1. El Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños contra El Salvador	80
11.2. El Caso Miembros de la aldea Chichupac y comunidades vecinas del municipio de Rabinal contra Guatemala	85
11.3. La jurisprudencia constante y la configuración del régimen especial de los crímenes internacionales	94
<b>CAPÍTULO II</b>	
<b>CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD</b>	
<b>1. ¿CÓMO LOS JUECES DEBERÍAN EJERCER EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LAS LEYES?</b>	100
1.1. El deber internacional de adecuación normativa y la primacía del Derecho Internacional	101
1.2. Vértices del deber internacional de adecuación normativa	103
1.3. Conflictos normativos entre normas del ordenamiento jurídico interno y las normas del Derecho Internacional	105

1.4. Poder inherente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para resolver conflictos normativos	106
1.5. Construcción de la jurisprudencia constante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la primacía del acervo convencional	106
1.6. La jurisprudencia constante y el régimen especial de los crímenes internacionales	110
1.7. Efectos directos y vinculantes de la primacía del acervo convencional	111
1.8. Control de convencionalidad. Generalidades	113
<b>2. CONSTRUCCIÓN DEL JUICIO DE CONVENCIONALIDAD</b>	115
2.1. Corte Constitucional en defensa de la supremacía de la Constitución de Colombia	117
2.2. Consejo de Estado. La primacía del acervo convencional en el control de convencionalidad para la reparación de los daños	120
<b>3. ORIGEN Y ANTECEDENTES DE LA TERMINOLOGÍA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD</b>	122
<b>4. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. CONCEPTO</b>	123
4.1. Caracterizaciones procesales generales del concepto del control de convencionalidad	126
4.2. Clasificación del control de convencionalidad	128
<b>5. OPERATIVIDAD DE LA PRIMACÍA DEL ACERVO CONVENCIONAL</b>	129
<b>6. EL ACERVO CONVENCIONAL DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS</b>	133
<b>7. CONCURRENCIA DE FACTORES EN LA CONFIGURACIÓN DEL PARÁMETRO DE CONVENCIONALIDAD</b>	135
<b>8. EL ACERVO CONVENCIONAL INTERAMERICANO COMO PARÁMETRO DE CONVENCIONALIDAD</b>	136
<b>9. EL PARÁMETRO DE CONVENCIONALIDAD</b>	136
9.1. Concepto	137
9.2. Configuración	139
9.3. Integración	140
<b>10. JUICIO DE CONVENCIONALIDAD. FUNDAMENTOS JURISPRUDENCIALES</b>	145
<b>11. FASES DEL JUICIO EN EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD</b>	146
<b>12. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA</b>	152
12.1. Constitucionalización de las fuentes del derecho. Las fuentes del derecho en el Acuerdo Final para la paz	152
12.2. Fundamentos del bloque de constitucionalidad	155
12.3. Construcción jurisprudencial del concepto de bloque de constitucionalidad	156



12.4. Tendencia jurisprudencial a la primacía del Derecho internacional	160
---	-----

### **CAPÍTULO III**

#### **SISTEMAS CONSTITUCIONALES Y CLÁUSULAS DE APERTURA AL DERECHO INTERNACIONAL**

<b>1. SISTEMA CON CONSTITUCIONES CON TENDENCIA A LA PRIMACÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS</b>	170
<b>2. SISTEMA CON CONSTITUCIONES SIN TENDENCIA A LA PRIMACÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS</b>	172
<b>3. INTERCONEXIÓN NORMATIVA DE CONSTITUCIONES CON INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS</b>	173
3.1. La recepción de los tratados internacionales de derechos humanos por el ordenamiento jurídico interno	175
3.2. Los límites heterónomos provenientes de tratados internacionales de derechos humanos	177
3.3. Cláusula de jerarquía de los instrumentos internacionales de derechos humanos	180
3.4. Cláusula de interpretación conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos	183
3.5. Cláusula de prevalencia	185
3.6. La nueva arquitectura constitucional y sus aportes	188
3.7 La tendencia a la primacía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos	189
<b>4. LA APLICABILIDAD DIRECTA E INMEDIATA DEL ACERVO CONVENCIONAL</b>	191
<b>5. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD</b>	193
5.1. Origen francés	193
5.2. Antecedente español	194
5.3. Corte Constitucional de Colombia	195
5.4. Nuestro concepto	196
<b>6. SISTEMA DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. PARÁMETROS DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD</b>	197
6.1. Parámetro de convencionalidad	198
<b>7. SISTEMAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES</b>	199
7.1. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Regla General	199
7.2. Convención Americana sobre Derechos humanos. Reglas	

Especiales	200
<b>8. CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DE INTERPRETACIÓN CONFORME (CONSTITUCIONALIDAD/CONVENCIONALIDAD) A LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS</b>	207
8.1. Interpretación de la Ley conforme a la Constitución	208
8.2. Interpretación de la Constitución conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos ( <i>secundum Conventionem</i> )	209
<b>9. PARÁMETRO DE CONVENCIONALIDAD DE LAS CONSTITUCIONES, DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES, LEYES, ACTOS ADMINISTRATIVOS Y PRÁCTICAS Y DE LA JURISPRUDENCIA</b>	217
9.1. Control de convencionalidad de las Constituciones	218
9.2. Control de convencionalidad de las reformas constitucionales. La justicia transicional en Colombia	224
9.3. Control de convencionalidad de las Leyes	226
9.4. Control de convencionalidad de los Actos Administrativos y Prácticas	228
9.5. Control de convencionalidad de la Jurisprudencia	229
<b>CAPÍTULO IV</b>	
<b>INCONVENCIONALIDAD DE LA RENUNCIA CONDICIONADA A LA PERSECUCIÓN PENAL PARA AGENTES DEL ESTADO</b>	
<b>1. MARCO JURÍDICO PARA LA PAZ</b>	234
<b>2. LAS NEGOCIACIONES POLÍTICAS PARA LA TERMINACIÓN DEL CONFLICTO Y LA CONSTRUCCIÓN DE UNA PAZ ESTABLE Y DURADERA</b>	235
2.1. Acuerdo General	236
2.2. Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. Acuerdo del Teatro Colón	238
<b>3. ACUERDO SOBRE LAS VÍCTIMAS DEL CONFLICTO. PUNTO 5. SISTEMA INTEGRAL DE VERDAD, JUSTICIA, REPARACIÓN Y NO REPETICIÓN (SIVJNR)</b>	240
<b>4. JUSTICIA TRANSICIONAL</b>	241
4.1. Justicia restaurativa	242
4.2. Justicia prospectiva	243
<b>5. MECANISMOS EXTRAJUDICIALES Y ÓRGANOS JUDICIALES DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL</b>	244
5.1. Mecanismos extrajudiciales	245
5.2. Órganos judiciales	246

<b>6. LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ</b>	248
6.1. Conformación	248
6.2. Competencia	249
6.3. Normas de procedimiento	250
<b>7. EL TRIBUNAL PARA LA PAZ</b>	251
<b>8. LAS SALAS DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ Y LAS COMPETENCIAS PARA PRIORIZAR Y NO SELECCIONAR CASOS AUTORIZANDO LA RENUNCIA A LA PERSECUCIÓN PENAL</b>	252
8.1. Competencias de la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas	253
8.2. Competencias de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas	255
<b>9. MARCO PROCEDIMENTAL DE LA RENUNCIA A LA PERSECUCIÓN PENAL PARA AGENTES DEL ESTADO</b>	257
9.1. Marco constitucional	261
9.2. Marco legal	266
9.3. Marco reglamentario	304
9.4. Consideraciones específicas finales	306
<b>10. LA INCONVENCIONALIDAD DE LA RENUNCIA CONDICIONADA A LA PERSECUCIÓN PENAL DE TODOS LOS CASOS NO SELECCIONADOS</b>	308
10.1. La norma consuetudinaria del deber de investigar y sancionar y la codificación convencional interamericana	308
10.2. Deber internacional de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar. Regla con “carácter de <i>jus cogens</i> ” en algunos casos	311
10.3. Creación constitucional de los mecanismos procesales de priorización y selección de casos. La renuncia condicionada a la persecución judicial penal	314
10.4. Renuncia condicionada a la persecución penal: una modalidad de “autoamnistía”	324
10.5. Comisión Interamericana de Derechos Humanos e inconventionalidad de la reforma constitucional (marco jurídico para la paz)	326
10.6. Intervención de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional en la jurisdicción constitucional de Colombia	330
10.7. La ponderación un método para desnaturalizar la regla del deber internacional de investigar, juzgar y sancionar. El falso dilema entre paz o reconciliación y justicia	334
Conclusiones	338
Bibliografía	343

## EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LA RENUNCIA A LA PERSECUSIÓN PENAL PARA AGENTES DEL ESTADO

### RESUMEN

¿Una reforma constitucional transitoria que establece la renuncia a la persecución judicial penal para los agentes del Estado en todos los casos que no seleccione la Jurisdicción Especial para la Paz (en adelante la JEP), en relación con los crímenes internacionales que han adquirido el estatus de *ius cogens* (genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra), es compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (el *acervo convencional*)?

¿Sería compatible con dicho acervo la jurisprudencia de la Corte Constitucional interpretando la citada reforma, según la cual tales crímenes podrían ser atribuibles a los máximos responsables, y a *contrario sensu*, los que no sean calificados como máximos responsables podrían no ser seleccionados y, por ende, concedérseles la citada renuncia?

A las preguntas podría contestar con dos doctrinas: los *peace makers* o realistas, quienes consideran que el objetivo es la terminación del conflicto armado para lograr *una paz duradera*, y los *human righters* o idealistas, quienes estiman que la finalidad es investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos cometidas en el pasado. Se trata del dilema paz o justicia.

Soy partidario de los *human righters*, lo que implica el cumplimiento del deber de investigar, juzgar y sancionar a todos los responsables de las graves violaciones a los derechos humanos, e infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario, tipificadas como crímenes que han adquirido el estatus de *ius cogens*, un deber que incumple el Estado colombiano con la expedición de la citada reforma constitucional y la jurisprudencia constitucional que avaló la renuncia a la persecución penal para los agentes del Estado en todos los casos que no seleccione la JEP, lo cual es manifiestamente incompatible con el acervo convencional.

¡No hay paz sin justicia!

## ABSTRACT

Is a transitional constitutional reform that establishes the judicial waiver of criminal prosecution for State agents in all cases related to international crimes (genocide, crimes against humanity, and war crimes) not selected by the Special Jurisdiction for Peace (hereinafter the JEP) compatible with the American Convention on Human Rights and the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights (the *acquis conventional*)?

Would the jurisprudence of the Constitutional Court be compatible with this *acquis* by interpreting the aforementioned reform, according to which, while those most responsible could be held liable for such crimes, those who are not found most responsible, *a contrario sensu*, could not be selected and, therefore, be granted the said waiver?

To these questions I could answer with two doctrines: the peace makers or realists, who consider the end of the armed conflict to achieve a lasting peace as the main objective, and the human righters or idealists, who consider that the purpose is to investigate, judge and punish the serious human rights violations committed in the past. It is about a peace or justice dilemma.

I am in favor of the Human Righters, which implies the fulfillment of the duty to investigate, prosecute and punish all those responsible for serious human rights violations and serious violations of International Humanitarian Law, typified as international crimes. A duty that the Colombian State fails to fulfill by issuing the aforementioned constitutional reform and the constitutional jurisprudence by endorsing the waiver of criminal prosecution for State agents in all cases not selected by the JEP, which is manifestly incompatible with the

There is no peace without justice.



# EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LA RENUNCIA A LA PERSECUCIÓN PENAL PARA AGENTES DEL ESTADO

## INTRODUCCIÓN

*“Misericordia y verdad se encuentran, justicia y paz se abrazan”*<sup>1</sup>

¿Una reforma constitucional transitoria que establece la renuncia condicionada a la persecución penal para los agentes del Estado en todos los casos que no seleccione la Jurisdicción Especial para la Paz, en relación con los crímenes internacionales que han adquirido el estatus de *ius cogens* (genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra), es compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (el *acervo convencional*)?

¿Sería compatible con dicho acervo la jurisprudencia de la Corte Constitucional interpretando la citada reforma, según la cual tales crímenes “podrían ser atribuibles a los máximos responsables”<sup>2</sup>, y *a contrario sensu*, los que no sean calificados como máximos responsables, podrían no ser seleccionados y, por ende, concedérseles la citada renuncia?

Sea lo primero advertir que el grado de responsabilidad de los autores no es un criterio admisible, a la luz del derecho internacional, para aplicar la renuncia a la persecución penal a perpetradores de los precitados crímenes internacionales que han adquirido el estatus de *ius cogens*<sup>3</sup> en Derecho internacional.

Las respuestas a las dos preguntas configuran el problema jurídico de la tesis doctoral y podrían contestarse desde una de las dos doctrinas al respecto aplicables:

---

<sup>1</sup> *La Biblia*, Salmo 85:10.

<sup>2</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018.

<sup>3</sup> Utilizan esta expresión OLLÉ SESÉ, MANUEL, *Crimen internacional y Jurisdicción Penal Nacional: de la Justicia Universal a la Jurisdicción Interestatal*, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, pp.100, 101, 108-112, 114, 117, 125 y 234. OLASOLO ALONSO, HÉCTOR, *Derecho Internacional Penal, Justicia Transicional y delitos transnacionales: dilemas políticos y normativos*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2015, pp. 175, 288, 290, 313-314, 319, 321, 328 y 331, y ROBERTSON, GEOFFREY, *Crímenes contra la humanidad. La lucha por una justicia global*, Editorial Siglo XXI, Madrid, 2008, p.331, entre otros.

“En el tratamiento teórico de la cuestión de cómo debe abordarse un pasado conflictivo podemos diferenciar dos grandes grupos de posiciones enfrentadas. Suele hablarse de los *peace makers* o realistas [para quienes] primaría la finalidad de acabar con el conflicto y conseguir *una* paz duradera, frente a los *human righters* o idealistas [quienes] antepondrían a cualquier otro fin el de conseguir el castigo de las graves violaciones de derechos humanos cometidas en el pasado (CHINCHON, 2007, pp. 280 y ss.). Es decir, nos encontramos ante el tradicional conflicto paz versus justicia”<sup>4</sup>.

Según CHINCHON “[...]” renunciar, por ejemplo, al castigo de los responsables de los crímenes”<sup>5</sup>, es la clave para acabar con un conflicto, advierten los realistas. Los idealistas consideran que “no hay nada peor que no juzgar y castigar a todos los responsables de los crímenes y reparar a todas las víctimas; el logro de la paz no puede conseguirse excluyendo lo fundamental de la verdad, la memoria, la justicia (...)”<sup>6</sup>.

Al respecto, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas se ha referido al “(...) falso dilema entre paz o reconciliación, por una parte, y justicia por la otra (...)”<sup>7</sup>.

Con mayor razón me manifiesto partidario de la doctrina de los *Human Righters*, lo que implica el cumplimiento del deber de investigar, juzgar y sancionar a todos los responsables de las graves violaciones a los derechos humanos e infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario (en adelante DIH), tipificados como crímenes de *ius cogens*. Un deber que incumple el Estado colombiano con la expedición de la citada reforma constitucional y la jurisprudencia constitucional que avaló la renuncia a la persecución penal para los agentes del Estado en todos los casos que no seleccione la Jurisdicción Especial para la Paz, en la forma planteada como problema jurídico.

---

<sup>4</sup> GIL GIL, ALICIA, “El tratamiento jurídico de los crímenes cometidos en el conflicto armado colombiano. La problemática jurídica en el marco de la dicotomía paz-justicia”. En: *Colombia como nuevo modelo para la justicia de transición* (ALICIA GIL GIL, ELENA MACULAN y SUSANA FERREIRA, Editoras), Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, UNED, Madrid, 2017, pp. 28 y 30.

<sup>5</sup> CHINCHÓN ÁLVAREZ, JAVIER, “El derecho penal internacional en contextos transicionales”, en la obra colectiva *Derecho Penal Internacional*, ALICIA GIL GIL y ELENA MACULAN (Editores), 2ª ed., Editorial Dykinson, México, 2019, pp. 525 a 527.

<sup>6</sup> CHINCHÓN ÁLVAREZ, ob. cit., p. 526.

<sup>7</sup> Corte IDH, Caso Gomes Lund (“Guerrilla Araguara”) contra Brasil, Sentencia de noviembre 24 de 2010, párr. 151.



Según RODRIGO UPRIMNY YEPES “en el derecho internacional existen al menos tres visiones en cuanto al objeto del deber de investigar, juzgar y sancionar”<sup>8</sup>.

En lo sucesivo acogeré la versión intermedia, de acuerdo con la cual el deber incluye, además de las violaciones referidas en la versión restrictiva, “todas las graves violaciones de los derechos humanos, que constituyan crímenes internacionales, esto es, los crímenes de guerra cometidos en cualquier tipo de conflicto armado y los crímenes de lesa humanidad”<sup>9</sup>.

Desde esta visión, seguiré la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), que enfatiza que el deber de investigar, juzgar y sancionar ha alcanzado, “en algunos casos el carácter de *jus cogens*”<sup>10</sup>, por graves violaciones a los derechos humanos. Y así “se ha ido formando un *régimen especial* de los crímenes internacionales”<sup>11</sup>.

¿Cuál es la hipótesis de trabajo a desarrollar en el presente trabajo doctoral?

La reforma constitucional transitoria creó los criterios de priorización, selección y la renuncia a la persecución penal para los agentes del Estado como mecanismos procesales inherentes a la justicia transicional colombiana: un modelo único en el mundo<sup>12</sup>.

---

<sup>8</sup> En la versión restrictiva el deber solo existe frente algunas graves violaciones de los derechos humanos: el genocidio, la tortura, el *apartheid*, las desapariciones forzadas, las graves violaciones al DIH –pero solo si fueron cometidas en conflictos armados internacionales– y los actos de violencia contra la mujer –aunque el deber respecto a estos actos solo operaría en el ámbito interamericano–. La versión amplia, “según la cual el deber recae sobre todas las graves violaciones de los derechos humanos, incluso si no constituyen crímenes internacionales, como podría ser el caso aislado de ejecución extrajudicial cometido por fuera de un conflicto armado interno”. UPRIMNY YEPES, RODRIGO; SÁNCHEZ DUQUE, LUZ MARINA y SÁNCHEZ LEÓN, NELSON CAMILO, *Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia negociada*, DEJUSTICIA, Bogotá, 2014, p. 31.

<sup>9</sup> UPRIMNY y otros, ob. cit., pp. 31 y 32.

<sup>10</sup> Corte IDH, Caso Ríos y otros contra Venezuela, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de enero 28 de 2009, párr. 298

<sup>11</sup> MACULAN, ELENA, *Los crímenes internacionales en la jurisprudencia latinoamericana*, Madrid, Marcial Pons, 2019, p. 72.

<sup>12</sup> Acto Legislativo 01 de 2012, artículo transitorio 66 inciso 4 (conocido como el Marco Jurídico para la Paz), modificado por el artículo 3 del Acto Legislativo 01 de 2017 que estableció la *Jurisdicción Especial para la Paz*, normativa que implementa el Acuerdo Final para la Paz suscrito por la guerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP) y el Estado colombiano, el 26 de noviembre de 2016.

Como seguidor de la doctrina *Human Rights* presento la siguiente hipótesis. La Corte IDH impone a los Estados Parte de la Convención Americana la obligación de garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, independientemente si los Estados se hallan en tiempos de paz o en conflicto armado interno (elemento objetivo).

En relación con el derecho a la justicia, la Jurisdicción Especial para la Paz no satisfecerá los derechos de las víctimas de acceder a la justicia, debido a que están vigentes mecanismos constitucionales procesales (los criterios de selección) para el ejercicio de la acción penal que busca centrar los esfuerzos en la investigación penal de los *máximos responsables* de crímenes internacionales que han adquirido el estatus de *ius cogens*, autorizando la renuncia condicionada a la persecución penal respecto de aquellos *autores que no se califiquen como máximos responsables*, generando el incumplimiento del deber del Estado de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a dichos responsables (elemento subjetivo).

Ha contribuido al problema jurídico la Corte Constitucional colombiana, creadora de un concepto *sui generis* de bloque de constitucionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH, construyendo un sólido precedente jurisprudencial desde 1995<sup>13</sup>. Hasta que, con la revisión de la constitucionalidad de la citada reforma de la Constitución (Marco Jurídico para la Paz, en adelante MJP), generó una jurisprudencia regresiva al declarar constitucional la renuncia condicionada a la persecución penal para los agentes del Estado<sup>14</sup>. Siendo —a mi juicio y el de otros muchos— manifiestamente incompatible con la primacía del acervo convencional, el Estatuto Penal de Roma (en adelante el ER)<sup>15</sup>, e incluso

---

<sup>13</sup> La “Convención Americana de Derechos Humanos se integra al Bloque de Constitucionalidad”, Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-225 de 1995, C-578 de 2005 y C-941 de 2010, aclarando que “(...) no supone integrar al bloque de constitucionalidad la jurisprudencia de la Corte Interamericana”. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-500 de 2014.

<sup>14</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-579 de 2013; posteriormente dictó las Sentencias C-674 de 2017, C-007 de 2018 y C-080 de 2018, relacionadas con la *priorización y selección de casos y la renuncia a la persecución penal*, mecanismos procesales inherentes a la justicia transicional declarados constitucionales.

<sup>15</sup> La Fiscal de la Corte Penal Internacional, Fatou Bensouda, en una carta fechada el 26 de julio de 2013, le advirtió a la Corte Constitucional en el momento en que estaba deliberando en ejercicio del control de constitucionalidad del Marco Jurídico para la Paz (MJP), que “(...) la suspensión total de la pena podría llevar a la concesión del perdón, que está prohibida para crímenes que han adquirido el estatus de derecho imperativo (*ius cogens*), en Derecho internacional”. Con fundamento en este argumento y la doctrina demostraré que la *renuncia a la persecución penal para agentes del Estado* es manifiestamente

contrariando las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la CIDH)<sup>16</sup>, mostrándose indiferente a la argumentación de Human Rights Watch<sup>17</sup> y de Amnistía Internacional<sup>18</sup>, que advertían de la manifiesta incompatibilidad normativa. En suma, la renuncia a la persecución penal se declaró constitucional mediante sentencia con efectos de cosa juzgada absoluta, pero es una decisión muy controvertida y polémica desde la perspectiva de la garantía de los derechos.

No obstante los contundentes argumentos de la CIDH y las ONG's en dicha decisión, la Corte Constitucional acude a la *ponderación* entre reglas y principios<sup>19</sup>, y soslayando la aplicación de la jurisprudencia *constante* de la Corte IDH<sup>20</sup> y su propio precedente constitucional<sup>21</sup> minimiza la efectiva aplicación del bloque de constitucionalidad<sup>22</sup>, y elude el control de convencionalidad de las

---

incompatible con las normas imperativas que tipifican los crímenes internacionales de *ius cogens*; expresión ésta que utilizaré en el desarrollo de mi trabajo de tesis doctoral.

<sup>16</sup> “La CIDH encuentra preocupante el concepto de *selectividad* y la posibilidad contemplada de **renunciar a la investigación y procesamiento** de graves violaciones a los derechos humanos, en cuanto serían *incompatibles* con las obligaciones del Estado”. CIDH, Comunicado de Prensa 144A/12, Observaciones preliminares de la CIDH sobre la visita *in loco* a Colombia, emitido al culminar su visita, diciembre 7 de 2012. Luego agregó: “La Comisión observa con preocupación que él [MJP] contempla la posibilidad de **renunciar a la investigación de los casos de graves violaciones de derechos humanos e infracciones al DIH que no sean seleccionados, circunstancia que llevaría a la impunidad**” (subrayado, resaltado en negrillas y cursivas fuera del texto). CIDH, *Informe país Colombia. Verdad, justicia y reparación*. OEA/Ser. L/V/II, Doc. 4. 2014. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/Justicia-Verdad-Reparacion-es.pdf>

<sup>17</sup> “El [MJP] es un obstáculo para (...) garantizar los derechos de las víctimas a la justicia, ya que esta norma permitiría la inmunidad para (...) militares de una serie de atrocidades [por] permitir la renuncia a la persecución penal de casos no seleccionados, [l]a renuncia a la persecución penal de graves violaciones de derechos humanos realizada en virtud de criterios de selección vulnera efectivamente los derechos humanos”. Intervención de Human Rights Watch durante el proceso constitucional ante la Corte Constitucional de Colombia, en el control de constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2012 (MJP). Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-579 de 2013, párrs. 4.2.1, 4.2 y 4.2.2.

<sup>18</sup> “No existe un instrumento internacional que autorice renunciar a la persecución de los responsables de crímenes de derecho internacional o de violaciones a derechos humanos, y que siempre se resalta la obligación de imponer sanciones que guarden relación con la gravedad del delito o crimen. Señala que la misma obligación, y sin ninguna excepción válida se encuentra en varios documentos especializados”. Intervención de Amnistía Internacional durante el proceso constitucional ante la Corte Constitucional de Colombia, en el control de constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2012 (MJP). Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-579 de 2013, párr. 4.5.2.

<sup>19</sup> “El deber de investigar, juzgar y sancionar y los derechos de las víctimas sufren tensiones que deben ser debidamente *ponderadas* con miras a lograr una paz estable y duradera”. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-007 de 2018, párr. 392.

<sup>20</sup> Relacionada con un *régimen especial* de los crímenes internacionales que limitan a los Estados para la expedición de normas de amnistías, indulto o cualquier eximente de responsabilidad penal, ejemplo, la renuncia a la persecución penal.

<sup>21</sup> “Es indudable que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-010 de 2010, en Sentencias C-653 de 2012, C-327 de 2016, C-469 de 2016, T-367 de 2010 y T-1391 de 2001.

<sup>22</sup> En las Sentencias C-579 de 2013 y C-674 de 2017 de la Corte Constitucional de Colombia no se aplicó el bloque de constitucionalidad con la misma intensidad como lo hacía antes para la efectiva protección de los derechos fundamentales; en algunas de estas decisiones aparecen votos de magistrados en contra de la ponderación (Expediente RPZ-010). “La idea de ponderar supone no eliminar, ni excluir ninguno de

reformas constitucionales y, en su lugar, prefiere acudir al controvertido “juicio de sustitución de la Constitución”<sup>23</sup> para justificar la constitucionalidad de la renuncia de la persecución penal, entre otros mecanismos procesales de la justicia transicional, contrariando el espíritu del Acuerdo Final para la Paz<sup>24</sup>.

Al respecto, la jurisprudencia constitucional es concluyente: “La Corte Constitucional no es juez de convencionalidad”<sup>25</sup>; precedente jurisprudencial que continúa produciendo efectos jurídicos so pretexto de defender la supremacía de la Constitución.

En defensa de *la garantía de los derechos constitucionales y convencionales* presento la siguiente tesis. Partiendo del principio general del Derecho de la primacía de los tratados internacionales, mostraré que de las decisiones de la Corte IDH se infiere la primacía de la CADH y de la jurisprudencia que de ella emana. Este acervo convencional se consolida con la aplicación directa e inmediata por los Tribunales Constitucionales, las Cortes Supremas de Justicia y los órganos judiciales latinoamericanos por medio del control de convencionalidad.

Con fundamento en la primacía del acervo convencional, intentaré demostrar que la renuncia condicionada a la persecución penal para los agentes del Estado es manifiestamente incompatible con la jurisprudencia **constante** de la Corte IDH<sup>26</sup> y de la CADH, porque “(...) *no exime, en ningún caso, a la persona que*

---

los derechos en tensión”. Aclaración de voto del magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo a la Sentencia C-579 de 2013.

<sup>23</sup> “El juicio de sustitución no tiene por objeto constatar una contradicción entre normas –como sucede típicamente en el control material ordinario–”. La Corte Constitucional con las Sentencias C-551 de 2003, C- 1040 de 2005, C-141 de 2010 y C-332 de 2017, entre otras, ha construido un precedente jurisprudencial obligatorio. Una forma velada e inédita de evitar el examen de confrontación material de una norma interna con la CADH. El precedente se construye con unas “mayorías consolidadas”, afirmó el ex-magistrado Carlos Bernal Pulido en entrevista al diario El Tiempo, *¿Cómo es la Corte Constitucional por dentro ?*, Bogotá, agosto 18 de 2020, p. 1.4.

<sup>24</sup> La Corte Constitucional hace caso omiso al Preámbulo del Acuerdo Final para la Paz, en el que las partes en el conflicto armado interno pactaron ceñirse al espíritu y respeto de los fallos que crearon una jurisprudencia vinculante, como lo había expresado la Corte Constitucional de Colombia en Sentencia C-469 de 2016. Como se advierte, en la Corte IDH se ha ido formando una jurisprudencia *constante* que el Tribunal Constitucional no aplicó al decidir la constitucionalidad de la citada renuncia.

<sup>25</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-111 de 2019 y C-941 de 2010.

<sup>26</sup> “(...) La particular y determinante intensidad e importancia de esa obligación [de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables] en casos de crímenes de lesa humanidad, significa que los Estados no pueden invocar: i) prescripción; ii) el principio *ne bis in ídem*; iii) leyes de amnistía; así como iv) **cualquier disposición análoga o excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables**”. Corte IDH, Caso Herzog y otros contra Brasil, Excepciones Preliminares,

cometió el acto de su responsabilidad bajo leyes internacionales”<sup>27</sup>. En consecuencia, la norma constitucional creadora de dicha renuncia y la jurisprudencia constitucional que avaló tal norma son inconvencionales, porque impiden cumplir con el deber de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de crímenes internacionales con estatus de *ius cogens*, independientemente de su jerarquía, por lo que la primacía del acervo convencional se violaría ostensiblemente con la impunidad que se avecina. Este es el objeto de mi tesis: “*La lucha contra la impunidad*”, que se lograría garantizando el acceso de las víctimas a la justicia.

Refuerza mi tesis el siguiente argumento usado por el Fiscal Adjunto de la Corte Penal Internacional: “El Estatuto [de la Corte Penal Internacional] no contiene ninguna limitación a las persecuciones penales basada en el nivel de autoridad que el autor tenía”<sup>28</sup>.

¿Cuáles serían los crímenes internacionales con estatus de *ius cogens* que podrían quedar en la impunidad respecto de autores que no fueron los máximos responsables? Entre otros, los crímenes de violencia sexual de niños, niñas y adolescentes cometidos por los actores en el conflicto armado interno; algunas de las víctimas fueron obligadas a abortar, y otras fueron asesinadas porque no quisieron abortar; eran niñas menores de 15 años de edad cuando fueron

---

Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de marzo 15 de 2018, párr. 232. “*Jurisprudencia constante* de la Corte respecto a la prohibición de otorgar amnistías u **otros eximentes de responsabilidad** ante graves violaciones a los derechos humanos”, Resolución de agosto 31 de 2017, párr. 17. Supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso Masacre de El Mozote y lugares aledaños contra El Salvador, Sentencia de octubre 25 de 2012. Resolución de septiembre 3 de 2019. “*Jurisprudencia constante* en el sentido de que son inadmisibles las disposiciones de amnistías, las disposiciones de prescripción y **el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción** (...)”, Resolución de marzo 12 de 2019 de Medidas Provisionales y supervisión de cumplimiento de sentencia, párr. 31. En el caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rubinal, caso Molina Theissen y otros 12 casos contra Guatemala, Sentencia de noviembre 30 de 2016. Dicha jurisprudencia *constante* comienza a construirse a partir del **caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros)** contra el Perú, sentencia de 14 de marzo de 2001 (subrayas, negrillas y cursivas fuera del texto).

<sup>27</sup> Corte IDH, Caso Herzog y otros contra Brasil, ob. cit., párr. 201.

<sup>28</sup> STEWART, Fiscal Adjunto de la Corte Penal Internacional, *La Justicia Transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional*, conferencia dictada el 13 de mayo de 2015 en la Universidad del Rosario, Bogotá (Colombia), p. 15.

reclutadas por la guerrilla de las FARC-EP<sup>29</sup>. Algunas fueron víctimas de torturas y mutilación sexual<sup>30</sup>.

También agentes del Estado han cometido violaciones sexuales de niños, niñas y adolescentes<sup>31</sup>; “el fenómeno fue especialmente grave en relación con mujeres indígenas [siendo] presuntos responsables agentes del Estado de violencia sexual”<sup>32</sup>; “pese a la gran cantidad de víctimas, las confesiones en este tipo de conductas han estado tradicionalmente ausentes”<sup>33</sup>. “La violencia sexual es uno de los hechos más representativos del conflicto armado”<sup>34</sup>. Al respecto, la Jurisdicción Especial para la Paz cita jurisprudencia de la Corte IDH relacionada con la violencia sexual<sup>35</sup>.

La *violencia sexual como tortura* conforma un precedente en la jurisprudencia de la Corte IDH<sup>36</sup> y en las decisiones de la CIDH<sup>37</sup>. Al respecto, en el **caso Miembros de la Aldea Chichupac** la Corte IDH resaltó: “Por otra parte, la violencia sexual puede, en determinadas circunstancias, constituir un crimen de guerra, un crimen de lesa humanidad, o bien, constituir un acto de genocidio”<sup>38</sup>.

---

<sup>29</sup> Véase programa de televisión *La Noche de RCN* de marzo 14 de 2019. *Noticiero 24 Horas* de abril 17 y 9 de agosto de 2019. *Séptimo Día* entrevistó a Lorena Henao (víctima de violencia sexual) quién acusó como sus victimarios a ex-comandantes de las FARC-EP, programa de T.V del domingo 28 de abril. El presidente del Partido Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común “negó la autoría de los hechos”, diario *El Tiempo*, marzo 29 de 2019, p. 1.3. “Una atrocidad histórica”: Myreya fue reclutada y obligada a abortar tres veces cfr. *Revista Semana*, edición 1991, 28 de junio al 5 de julio, 2020, p.56. La vice-presidenta del Senado de la República Sandra Ramírez (ex-combatiente de las FARC), refiriéndose a las extintas FARC, afirmó que los ex-guerrilleros “insisten en negar los hechos”, diario *El Espectador*, 23 de julio, 2020, p.16. Luego dijo: “no teníamos una política de reclutamiento de menores”, *Diario El Nuevo Siglo*, 25 de julio de 2020, 8.

<sup>30</sup> Fiscal de la CPI, Reporte Intermedio, Situación Colombia, noviembre de 2012, párrs. 78 y 79.

<sup>31</sup> Fiscal de la Corte Penal Internacional, Reporte Intermedio, Situación Colombia, noviembre de 2012, párr. 141.

<sup>32</sup> En la Justicia Especial para la Paz se adelanta el Caso 005 de la región del norte del Cauca, entre otros, por crímenes sexuales. Auto N° 078 de noviembre 8 de 2018, párrs. 15.3, 22.1, 23.3 y 24.3.

<sup>33</sup> La Justicia Especial para la Paz cita el Informe N° 01 de la Fiscalía General de la Nación colombiana: *Inventario de delitos del conflicto armado*, 2018, p. 12, y Auto N° 078 de 2018, párr. 23.3.

<sup>34</sup> Auto N° 078 de 2018, párr. 24.3.

<sup>35</sup> Auto N° 078 de 2018, párr. 22.1, jurisprudencia *constante* que vincula a la Justicia Especial para la Paz.

<sup>36</sup> Corte IDH, Caso Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco contra México, Sentencia de noviembre 28 de 2018, párrs. 178, 180, 208, 338 y 339. Caso Espinosa González contra Perú, Sentencia de noviembre 20 de 2014, párrs. 194 y 195. Caso Fernández Ortega y otros contra México, Sentencia de agosto 30 de 2010, párr. 128; Caso Rosendo Cantú y otra contra México, Sentencia de agosto 31 de 2010, párr. 216; Caso Masacres de Río Negro contra Guatemala, Sentencia de septiembre 4 de 2012, párr. 250. Caso Favela Novoa Brasília contra Brasil, Sentencia de febrero 16 de 2017, párr. 252.

<sup>37</sup> En los casos Raquel Martín de Mejía y de Ana, Beatriz y Celia González Pérez, la CIDH se refirió al concepto de violencia sexual como tortura.

<sup>38</sup> “Este Tribunal ha señalado reiteradamente que la violencia sexual perpetrada por agentes del Estado puede constituir tortura. Cfr. Caso Fernández Ortega y otros contra México, Sentencia de agosto 30 de 2010, párr. 128; Caso Rosendo Cantú y otra contra México, Sentencia de agosto 31 de 2010, párr. 118, y Caso Espinoza Gonzáles contra Perú, Sentencia de noviembre 20 de 2014, párrs. 195 y 196. Por otra parte, la violencia sexual puede, en determinadas circunstancias, constituir un crimen de guerra, un crimen de

La violencia sexual como crimen de guerra o crimen de lesa humanidad no podría quedar sin investigar, juzgar y, en su caso, sancionar respecto de autores que se califiquen como “no máximos responsables”, teniendo en cuenta que la violencia sexual perpetrada por agentes del Estado puede constituir tortura, según la precitada jurisprudencia constante de la Corte IDH.

¿Cuáles serían las soluciones teóricas para resolver el problema jurídico y evitar las consecuencias jurídicas, por la inaplicación del acervo convencional, que nacen de la jurisprudencia constitucional y de la aplicación de la renuncia de la persecución penal establecida constitucionalmente para beneficiar a los agentes del Estado?

Presentaré dos propuestas como posibles soluciones para que no se haga exigible la responsabilidad internacional del Estado, e impedir la activación de la competencia de la Corte Penal Internacional (en adelante la CPI) en casos no seleccionados por la Jurisdicción Especial para la Paz-que tipifiquen crímenes internacionales con estatus de *ius cogens*, independientemente del “rango” de los responsables, con el fin de evitar la impunidad por hechos sucedidos en el marco del conflicto armado interno colombiano.

En la primera, propongo una modalidad de control de convencionalidad para resolver casos de manifiesta incompatibilidad entre las normas internas y la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH, que podría ampliarse con otras Convenciones Interamericanas<sup>39</sup> que establecen el deber de investigar, juzgar y,

---

lesa humanidad, o bien constituir un acto de genocidio. Cfr. Artículo 3 Común a los cuatro Convenios de Ginebra, ratificados por Guatemala el 14 de mayo de 1952; artículo 4.2.e del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, firmado por Guatemala el 12 de diciembre de 1977, y ratificado el 19 de octubre de 1987; artículo 7(1)(g) del Estatuto de la Corte Penal Internacional; artículo 5 del Estatuto del TPIY; artículo 3 del Estatuto del TPIR; ICTR, Trial Ch I. Prosecutor v. Akayesu, Jean-Paul. Judgment, Sep. 2, 1998, párrs. 505-509 y 516; Trial Ch I. Prosecutor v. Musema, Alfred. Judgment, En: 27, 2000, párrs. 908 y 933 (884-936); ICTY, Trial Ch. Prosecutor v. Radovan Karadžić y Ratko Mladić. Review of the indictments pursuant to rule 61 of the rules of procedures and evidence, Jul. 11, 1996, párr. 93; ICTY, Trial Ch. Prosecutor v. Radislav Krstić. Judgment, Aug. 2, 2001, párr. 509; Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 50/192, Agresión y violación de mujeres en las zonas de conflicto armado de la ex Yugoslavia. A/RES/50/192, diciembre 22 de 1995, p. 3; Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, Women and Peace and Security. UN Doc S/PRST/2007/5, marzo 7 de 2007, p. 2.; Informe del Secretario General de conformidad con la Resolución 1820 del Consejo de Seguridad de julio 15 de 2009, párr. 22, y ICRC, Rule 93”.

<sup>39</sup> La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas podrían fungir como parámetro de convencionalidad, según los hechos del caso.

en su caso, sancionar crímenes internacionales con estatus de *ius cogens*. Los jueces activarían dicho control siguiendo un juicio de convencionalidad por fases con el fin de facilitarle a los jueces la aplicación del control de convencionalidad de la renuncia a la persecución penal para agentes del Estado.

En la segunda, presentaré un concepto de bloque de constitucionalidad<sup>40</sup>.

¿Para qué sirven el control y el bloque propuestos? Son útiles para que la Jurisdicción Especial para la Paz los aplique en todos los casos de crímenes internacionales con estatus de *ius cogens*, forjando así una jurisprudencia transicional<sup>41</sup> compatible con la jurisprudencia interamericana en un diálogo jurisdiccional entre la Jurisdicción Especial para la Paz y la Corte IDH con un solo objetivo: *poner fin a la impunidad*, siguiendo la misiva de la Fiscal de la Corte Penal Internacional.

En conclusión, mediante el bloque y el control se hace operativa la *primacía* del acervo convencional interamericano a fin de evitar la impunidad de los crímenes internacionales con estatus de *ius cogens*, independientemente del “rango” de los agentes del Estado responsables de la comisión de los hechos<sup>42</sup>.

Los métodos de investigación jurídica que se van a utilizar, con el fin de argumentar cómo se resolverían las contradicciones normativas que se presentan al interpretar y aplicar la Constitución con sus reformas transitorias por la paz y los tratados internacionales en la jurisdicción interna de los Estados Parte en estos tratados, son los que a continuación se mencionan.

---

<sup>40</sup> El bloque de constitucionalidad como un conjunto compuesto por la CADH y otros instrumentos interamericanos y la jurisprudencia de la Corte IDH (primacía del *acervo convencional*), los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, las normas y principios aplicables del Derecho Internacional Humanitario (el artículo 3 Común a los Cuatro Convenios de Ginebra, el Protocolo II Adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra), el Preámbulo del ER, los crímenes con estatus de *ius cogens* y la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional. Se aclara que las normas y principios del DIH solo son aplicables en el marco de un conflicto armado interno.

<sup>41</sup> Se trata de la jurisprudencia que emana de la Jurisdicción Especial para la Paz colombiana.

<sup>42</sup> Los Estados deben de oficio “iniciar, continuar, impulsar y/o reabrir las investigaciones que sean necesarias para individualizar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables tomando en cuenta el patrón sistemático de violaciones graves y masivas de derechos humanos. En particular, violaciones sexuales (...)”. Caso Chichupac contra Guatemala, ob. cit., párrs. 285 y 286.



En primer lugar, se acudirá al *método histórico* que utilizaré de dos formas: en el Derecho Internacional y en el Derecho Constitucional. Se hace una exposición histórica descriptiva del Derecho Internacional en sus tres dimensiones: Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDH), Derecho Internacional Humanitario (en adelante DIH) y Derecho Penal Internacional (en adelante DPI) con fundamento en la Carta de la ONU, 1945, y la Carta de la OEA, 1948.

En el Derecho Constitucional emplearé un método histórico comparado con el fin de verificar el origen de las cláusulas constitucionales de apertura al Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Constitución de Portugal de 1976 y la Constitución de España de 1978, y su incorporación en las Constituciones de Haití, República Dominicana, Estados Unidos de México, Guatemala, Nicaragua, Colombia, Venezuela, Ecuador, Perú, Bolivia, Brasil y Argentina, con el objeto de demostrar una nueva arquitectura constitucional, el diseño normativo de cláusulas, situadas en la cúspide de la pirámide normativa que propician dicha apertura <sup>43</sup>.

En segundo lugar, de acuerdo con los antecedentes históricos, usaré un *derecho constitucional comparado*, clasificando los sistemas constitucionales en las Constituciones de los Estados latinoamericanos y del Caribe, a fin de verificar la *primacía* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos sobre el ordenamiento jurídico interno en América Latina. Los sistemas son: sistema con Constituciones con tendencia a la *primacía* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (i), y sistema sin esa *primacía* (ii).

Utilizaré asimismo un *método dogmático* con el fin de verificar que de las decisiones de la Corte IDH se infiere la *primacía* de la CADH y de la jurisprudencia que de ella emana que tiene asimismo un amplio respaldo en la doctrina científica latinoamericana. En efecto, de la jurisprudencia del Tribunal Interamericano verificaremos cómo este tribunal hace prevalente la CADH y su jurisprudencia para resolver los casos de incompatibilidad normativa cuando

---

<sup>43</sup> Cláusulas de *jerarquía* de los instrumentos internacionales de derechos humanos, de *interpretación conforme* al DIDH, y de *prevalencia* de estos instrumentos sobre el orden interno, incluida la Constitución y las reformas.

aplica el control de convencionalidad de las Constituciones, leyes, actos administrativos, prácticas judiciales y administrativas, haciendo operativa la *primacía* del acervo convencional.

También emplearé el método dogmático para establecer cómo la Corte Constitucional de Colombia ha cambiado sus precedentes para ponderar la *paz* en detrimento de la *justicia*, justificando la constitucionalidad de una reforma constitucional que estableció la renuncia de la persecución penal en todos los casos que no se seleccione la JEP, en el marco de un nuevo modelo de justicia transicional único en el mundo.

Seguiré el *método exegético* para el examen de los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional y las Constituciones antes mencionadas y sus reformas constitucionales, las leyes y decretos con fuerza de ley que desarrollaron los criterios de priorización y selección como mecanismos procesales inherentes a la justicia transicional colombiana, en cuanto a la interpretación y aplicación de los mismos.

Siguiendo los métodos citados partiré de lo general a lo particular, utilizando las siguientes fuentes del Derecho.

Fuentes del Derecho internacional. La CADH y la jurisprudencia interamericana (Sentencias, Resoluciones de supervisión de cumplimiento de sentencias y Opiniones Consultivas de la Corte IDH y algunos Informes de la CIDH)<sup>44</sup>, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer o “Convención de Belém do Pará”; artículo 3 Común a los Cuatro Convenios de

---

<sup>44</sup> La jurisprudencia de la Corte IDH la clasificaré según que los hechos sucedan en tiempo de paz, o en el marco de un conflicto armado interno; en especial seleccionaré casos contra El Salvador, Guatemala, Perú y Colombia en que la Corte IDH condenó a los Estados a cumplir con el deber de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de **graves** violaciones de derechos humanos que se tipifican como crímenes internacionales con estatus de *ius cogens*. Así se construye una jurisprudencia *constante*. La clasificación es de la autoría de Humberto Sierra Porto, *Treinta y cinco años de funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: esbozo de una trayectoria y nuevos desafíos*, en la obra colectiva *La América de los Derechos* (coordinadores PABLO SANTOLAYA e ISABEL WENCES), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, pp. 35 a 54.

Ginebra, Protocolo II Adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra, el ER, jurisprudencia de la CPI, Informes de la Fiscal de la CPI y “*Los principios y directrices sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*”, además de la doctrina de internacionalistas extranjeros.

Fuentes del Derecho interno. La Constitución de 1991, el Acto Legislativo (en adelante AL) 01 de 2012 (Marco Jurídico Paz), y la normativa de implementación del Acuerdo Final, el AL 01 de 2017, Ley 1820 de 2016 de amnistía e indulto, la ley estatutaria 1957 de 2019 de la Jurisdicción Especial para la Paz, y la Ley 1922 de 2018 sobre las reglas de procedimiento para la JEP, que también denomino Código de Procedimiento, el *Documento de política sobre criterios y metodología de priorización de situaciones y casos*, autos de las Salas de la JEP, en especial los autos que abren los “macrocasos”, algunos autos y sentencias del Tribunal para la Paz; la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y la doctrina de constitucionalistas colombianos. El Acuerdo Final enumera las fuentes del derecho aplicable por la Jurisdicción Especial para la Paz.

En el primer capítulo, se expone el Derecho Internacional en sus tres dimensiones en una descripción histórica: Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional con el objeto de estudiar el deber de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar crímenes con estatus de *ius cogens*; explicaré brevemente los contenidos de cada una de estas disciplinas con el fin de establecer la protección de la persona humana en el Derecho Internacional, con particular énfasis en el DIH y el DPI, en atención a que Colombia se halla inmersa en un conflicto armado interno.

De la Carta de la ONU (1945) y la Carta de la OEA (1948) se infiere una triada compuesta por la paz, la justicia y los derechos humanos. Con este marco jurídico se describe la formación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH o Sistema Interamericano) con su órgano judicial la Corte IDH, la competencia contenciosa y el control de convencionalidad;

resaltaré la jurisprudencia *constante* con dos casos emblemáticos y el régimen especial de los crímenes internacionales.

El segundo capítulo se dedicará a la explicación de la conformación del acervo convencional interamericano (la CADH y otros instrumentos y la jurisprudencia de la Corte IDH), el cual podría fungir como parámetro de convencionalidad y será la brújula para la activación del control de convencionalidad siguiendo un juicio de convencionalidad por fases procesales (i). ¿La jurisprudencia interamericana cómo se incorporaría en el ordenamiento jurídico interno de los Estados? Por medio del bloque de constitucionalidad, según la creación *sui generis* jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia, bloque del cual forman parte los tratados de derechos humanos, el artículo 3 Común a los Cuatro Convenios de Ginebra, el Protocolo II Adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra y el Preámbulo del ER con los crímenes internacionales con estatus de *ius cogens* (ii).

En este capítulo se explicará que el bloque constitucionalidad se configura según las cláusulas de apertura al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional, y se fundamenta en los principios de supremacía y jerarquía constitucionales; los sentidos del bloque; de la construcción jurisprudencial del Tribunal Constitucional colombiano se deduce que es ajeno a incorporar el acervo convencional en el bloque, y a ejercitar el control de convencionalidad de las reformas constitucionales y de las leyes, reticencia que la resume en una frase coloquial: “la Corte Constitucional no es juez de convencionalidad”. Por el contrario, el Consejo de Estado sí ha actuado como juez de convencionalidad ejercitando el control de convencionalidad a la jurisprudencia unificada de la Corte Constitucional.

El tercer capítulo se relacionará con los sistemas constitucionales y cláusulas de apertura al Derecho Internacional en Estados Miembros de la OEA, en el cual se clasificarán dos sistemas constitucionales con el objeto de verificar empíricamente la *primacía* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos sobre el ordenamiento jurídico interno en América Latina. Los sistemas son:

Sistema con Constituciones con tendencia a la *primacía* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (i), y Sistema con Constituciones sin tendencia a la *primacía* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a partir de tres criterios: la *jerarquía* constitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos (i); la *prevalencia* de estos instrumentos sobre el ordenamiento jurídico interno (ii), y la *interpretación conforme* al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (iii).

En el primer sistema se seleccionaron las citadas doce Constituciones con cláusulas de apertura al DIDH. El capítulo se desarrolla explicando la nueva arquitectura constitucional con la función que desempeña cada una de estas cláusulas a la luz de la doctrina especializada, incluyendo la novedosa cláusula constitucional transitoria que incorporó el Acuerdo Final como parámetro de interpretación y validez. Termina el capítulo con el diálogo jurisprudencial.

El cuarto capítulo se estructura con las siguientes partes: la creación de la *justicia transicional* en el Acuerdo Final, y la implementación constitucional transitoria (i); la explicación de los criterios de priorización y selección con particular énfasis en la renuncia a la persecución penal de todos los casos que no se seleccionen para agentes del Estado como mecanismos procesales inherentes a la justicia transicional; el marco constitucional, legal y reglamentario procesal de la renuncia a la persecución (ii) y el análisis crítico a la jurisprudencia constitucional que avaló la norma constitucional que creó la citada renuncia, siendo la norma y la jurisprudencia incompatibles con el acervo convencional y, por ende, inconvencionales (iii).

El enfoque y el análisis lo desarrollaré principalmente desde la óptica del Derecho Internacional y en el marco del SIDH, cuyo objeto es la protección de las víctimas de crímenes con estatus de *ius cogens* atribuibles a todos los agentes del Estado en el marco del conflicto armado interno colombiano.

“El valor más importante y excelso en el mundo jurídico es la justicia”<sup>45</sup>.

---

<sup>45</sup> BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, T. I A, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 287.



# CAPÍTULO I

## EL DEBER INTERNACIONAL DE INVESTIGAR, JUZGAR Y SANCIONAR EN PERSPECTIVA HISTÓRICA

*“Un Estado no puede aducir su propia Constitución frente a otro Estado para justificar el incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho internacional o los Tratados en vigor”<sup>1</sup>.*

En el presente capítulo desarrollaré los siguientes contenidos: el Derecho Internacional en tres dimensiones: Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional; explicaré descriptivamente sus contenidos, con el fin de establecer el origen de la protección de la persona humana en el Derecho internacional, haciendo especial énfasis en los antecedentes del deber internacional de investigar, juzgar y sancionar la violación de los “usos y costumbres de la guerra” en la segunda parte del siglo XIX, y comienzos del siglo XX, en el marco de la evolución del DIH y el DPI.

A partir de (1945) el marco jurídico de dicha protección son la Carta de la ONU y la Carta de la OEA, y bajo este marco se construyeron los Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos, del cual destacaré el Sistema Interamericano de Derechos Humanos con su órgano de protección judicial la Corte IDH. Mediante su competencia contenciosa, en cuyo ámbito ejerce el control de convencionalidad de las leyes, de la cual proviene una importante producción jurisprudencial para la protección de las víctimas de las graves violaciones a los derechos humanos reconocidos en la CADH que, junto a la jurisprudencia, se conforma el *acervo convencional*, de la cual seleccionaré dos casos emblemáticos<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, Opinión Consultiva, *Trato a los nacionales polacos y a otras personas de origen o lengua polaca en el territorio de Danzing*, febrero 4 de 1932.

<sup>2</sup> CORTE IDH, Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños contra El Salvador, ob. cit., y Caso *Miembros de la aldea Chichupac y comunidades vecinas del municipio de Rabinal contra Guatemala*, ob. cit., cuyos hechos sucedieron en el marco de conflictos armados internos.

## 1. ANTECEDENTES Y CONTEXTO HISTÓRICOS

Afirma WALTER ULLMAN que “el valor de la investigación histórica reside no tanto en descubrir qué sucedió, sino cómo y porqué las cosas fueron y son de una determinada manera”<sup>3</sup>. Debemos descubrir unos hechos que sucedieron en el escenario europeo en el siglo XIX, para entender cómo comenzó la protección de los derechos del individuo en la dimensión internacional. Pues “el Derecho internacional clásico no contemplaba a los individuos como poseedores de derechos y obligaciones internacionales”<sup>4</sup>.

En el Derecho internacional clásico, los derechos del individuo eran un asunto exclusivo de la jurisdicción interna de los Estados (del derecho constitucional). En otras palabras, “bajo el derecho interno las relaciones entre los individuos, o entre el Estado y los individuos, eran consideradas bajo el espectro de la «*competencia nacional exclusiva*»”<sup>5</sup>; relaciones que regulaba el derecho nacional, así como también la consagración de los derechos de esos individuos.

## 2. LA GUERRA

Los orígenes del derecho a la guerra se remontan a los orígenes del Derecho Internacional, “ya que los primeros contactos entre grupos sociales y comunidades pre estatales eran, sobre todo, relaciones de conflicto. En este contexto, surgieron las principales normas consuetudinarias”<sup>6</sup> de la guerra. PASTOR RIDRUEJO sostiene:

“La situación de conflicto entre dos o más Estados llega en ocasiones a la guerra. El Derecho internacional ha sentado criterios ante el fenómeno bélico, a saber:

---

<sup>3</sup> ULLMANN, WALTER, *Historia del pensamiento político en la Edad Media*, Editorial Ariel, Barcelona 2013, p. 7.

<sup>4</sup> CASANOVAS, ORIOL y ÁNGEL, RODRIGO J., *Compendio de derecho internacional público*, 3ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2014, p. 437.

<sup>5</sup> CASCADO TRINDADE, ANTONIO AUGUSTO. “La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos”, en la obra colectiva *El juez y la defensa de la democracia. Un enfoque a partir de los derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Comisión de las Comunidades Europeas, San José de Costa Rica, 1993, p. 234.

<sup>6</sup> SWINARSKI, CHRISTOPHER, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1984, p. 9.



1) condiciones en que es lícito el recurso [el Derecho a la guerra] a la fuerza armada o *ius ad bellum* [...], 3) la regulación del comportamiento de los beligerantes durante las hostilidades, es decir, *ius in bello*. La guerra comporta por su propia esencia violencia en las personas del adversario”<sup>7</sup>.

Además de la conveniencia de la regulación de obligaciones internacionales de no recurrir a la guerra, surgió la necesidad de proteger internacionalmente a la persona humana durante la guerra, lo que se denomina “la humanización del Derecho internacional en el *ius in bello*” tal y como recuerda FERNÁNDEZ LIESA<sup>8</sup>. Puede sostenerse:

“En los orígenes de la humanidad se pueden encontrar normas que tratan de regular la conducta en la guerra, costumbres humanitarias y prácticas que exigen que se respete a quien no combate o no puede ya combatir y se le dé un trato humanitario. Estas normas nacen de la guerra misma. Son «las leyes, usos y costumbres de la guerra»”<sup>9</sup>.

### 3. EL DERECHO DE LOS CONFLICTOS ARMADOS<sup>10</sup>

“Las normas más antiguas sobre la protección del ser humano en el Derecho internacional se encuentran en el Derecho Internacional Humanitario”<sup>11</sup>.

La historia del DIH se remonta a la batalla de Solferino (Lombardía, junio 24 de 1859), entre los ejércitos de Francia y Austria, que provocó la indignación y reacción del ginebrino HENRY DUNANT<sup>12</sup>, quién promovería la creación de una

---

<sup>7</sup> PASTOR RIDRUEJO, JOSÉ A., *Curso de Derecho Internacional público y Organizaciones Internacionales*, 6ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 1996, pp. 647 y 648.

<sup>8</sup> FERNÁNDEZ LIESA, CARLOS, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en perspectiva histórica*, Editorial Porrúa, México, 2014, p. 61.

<sup>9</sup> RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, JOSÉ LUIS, “Fuentes del Derecho Internacional Humanitario”, en la obra colectiva *Derecho Internacional Humanitario* (RODRÍGUEZ-VILLASANTE, PRIETO, JOSÉ LUIS y LÓPEZ SÁNCHEZ, JOAQUÍN, coordinadores), 3ª ed., Editorial Tirant lo Blanch, Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario, Cruz Roja, Valencia, España, 2017, pp. 57 y 58.

<sup>10</sup> También se utiliza la terminología de Derecho de la guerra o Derecho Internacional Humanitario.

<sup>11</sup> CÁCERES BRUN, JOAQUÍN, “El Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en la obra colectiva *Derecho Internacional Humanitario*, (JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ-VILLASANTE y JOAQUÍN PRIETO LÓPEZ-SÁNCHEZ), 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017., p. 158.

<sup>12</sup> Los hechos atroces de la confrontación bélica (una masacre) están narrados en el libro *Recuerdo de Solferino*, publicado por Dunant en 1862, como testigo presencial en el escenario de la batalla.

institución “para la mejora de las condiciones de los heridos y los enfermos”<sup>13</sup>, que se denominó el Comité de los Cinco (1863), que luego se transformaría en el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), que se encargaría de promover la codificación y desarrollo del DIH.

Coincide la doctrina, entre otros autores RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO<sup>14</sup>, en señalar que, en una Conferencia Diplomática convocada por el Gobierno de Suiza, el 22 de agosto de 1864, dieciséis Estados adoptaron el Convenio de Ginebra “para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos de los ejércitos en campaña”, comenzando así la codificación de los “usos y costumbres de la guerra”.

“Es el primer instrumento universal, permanente, escrito y multilateral destinado a proteger sin distinción a los militares heridos y enfermos (...), es considerado como el que sienta las bases del Derecho internacional humanitario moderno”<sup>15</sup>.

Obsérvese que el tratado protege a los militares como víctimas *que ya no pueden* participar en la guerra, y no *a los que no combaten* (civiles ni a la población civil), siendo este el primer instrumento internacional de protección del ser humano en el Derecho internacional en el siglo XIX.

Diez años después (1874), en la primera conferencia de Paz de Bruselas, se adoptaron disposiciones que tenían por objeto definir y reglamentar las costumbres de la guerra terrestre.

Posteriormente, en las Conferencias de la Paz en La Haya de 1899 y 1907 se amplió la codificación de dichas costumbres de la guerra, que fue revisada y ampliada en la Segunda Conferencia, aprobándose catorce Convenios del

---

<sup>13</sup> ZAPPALÁ, SALVATORE, *Qué es la justicia penal internacional*, traducción de Mario Trigo, Editorial Proteus, Madrid, 2010, p. 37.

<sup>14</sup> RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, “Fuentes del Derecho Internacional Humanitario”, en la obra colectiva *Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., p. 59.

<sup>15</sup> CÁCERES BRUN, ob. cit., p. 158.

Derecho de la Guerra conocido como *Derecho de La Haya*, “que regula los medios o modos de conducción de las hostilidades”<sup>16</sup>.

El III Convenio de La Haya, de julio 29 de 1899, y el IV Convenio de La Haya, octubre 18 de 1907, se refieren a “las leyes y costumbres de la guerra terrestre”<sup>17</sup>. En el Preámbulo del IV Convenio se introduce la conocida *Cláusula Martens*<sup>18</sup>.

“Desde finales del siglo XIX ha habido intentos de creación de tribunales penales internacionales que tuviesen competencia para conocer de «crímenes internacionales» en relación con el Convenio de Ginebra de 1864”<sup>19</sup>, con el objeto de juzgar y sancionar la violación de los “usos y costumbres de la guerra”, por ejemplo, la propuesta de GUSTAV MOYNIER.

Esta normativa de origen consuetudinario fue la que precedió a la primera Guerra Mundial (1914 a 1918). En el siguiente orden histórico explicaré el origen del deber juzgar y sancionar la violación de los “usos y costumbres de la guerra”.

#### **4. EL TRATADO DE VERSALLES Y LA SOCIEDAD DE LAS NACIONES**

Concluida la Primera Guerra Mundial, las potencias aliadas, Estados Unidos de América, Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Francia, Italia y Japón, por una parte, y Alemania, por la otra, celebraron el Tratado de Versalles (junio 28 de 1919), dando nacimiento a la Sociedad de las Naciones y de otros órganos internacionales, entre otros la Corte Permanente de Justicia Internacional. En el artículo 227 de este tratado, se formuló una acusación penal internacional, y se dispuso constituir un Tribunal Especial.

---

<sup>16</sup> RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, “Fuentes del Derecho Internacional Humanitario”, en la obra colectiva *Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., p. 56.

<sup>17</sup> PÉREZ GONZÁLEZ, MANUEL, “Fundamentos del Derecho Internacional Humanitario: la Cláusula Martens y el artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra”, en la obra colectiva *Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., p. 78.

<sup>18</sup> “En espera de que un código más completo de las leyes de la guerra pueda ser dictado, las Altas Partes contratantes juzgan oportuno hacer constar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellos, los pueblos y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del Derecho de Gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”.

<sup>19</sup> CASTILLO DAUDÍ, MYREYA y SALINAS ALCEGA, SERGIO, *Responsabilidad penal del individuo ante los tribunales internacionales*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 14.

#### 4.1. ACUSACIÓN PENAL CONTRA EL EMPERADOR GUILLERMO II Y ALGUNOS AGENTES DEL ESTADO Y MILITARES

En el artículo 227<sup>20</sup> del Tratado de Versalles, las Potencias Aliadas y Asociadas acusaban públicamente a Guillermo II de Hohenzoller, emperador de Alemania, “*de ofensa suprema contra la moral internacional y la santidad de los Tratados*”. Además, se preveía la constitución de un Tribunal Especial, con el objeto de investigar, juzgar y sancionar al Kaiser alemán por violación de *las leyes y costumbres de la guerra*. Algo que nunca se logró, porque Holanda –lugar donde estaba refugiado el emperador– negó la extradición del Kaiser con el argumento de que el Jefe de Estado había cometido un delito político; además los alemanes alegaron la ausencia de leyes penales internacionales *pre-existentes* y la teoría de la inmunidad de los Jefes de Estado<sup>21</sup>. La defensa alegó la obediencia debida<sup>22</sup>. Parte de la doctrina considera que fue un fracaso; sobre todo, por temor al comunismo prevaleció la política sobre las exigencias de la justicia<sup>23</sup>. “Las fuentes del Derecho mediante las cuales se debía juzgar era el Derecho humanitario convencional y consuetudinario”<sup>24</sup>.

Por otra parte, el Tratado no reconoció derechos de los individuos ni se refirió a las víctimas de la guerra, pero “por primera vez se tenía por responsable personalmente a un Jefe de Estado por su política contraria a los principios de Derecho internacional”<sup>25</sup>. El artículo 227 “contiene el origen de la fundamentación de la responsabilidad penal individual en el Derecho Penal Internacional”<sup>26</sup>, o,

---

<sup>20</sup> “Los Poderes Aliados y Asociados públicamente acusan a Guillermo II de Hohenzoller, emperador alemán del crimen supremo en contra de la moralidad internacional y la santidad de los Tratados (...). Se constituirá un Tribunal Especial para juzgar al acusado. Será su deber fijar el castigo que deba ser impuesto (...)”.

<sup>21</sup> En concreto, se seleccionaron y adelantaron algunos procesos penales de una lista de 896 posibles criminales de guerra, de los cuales se escogieron 9 casos contra 12 acusados, y 6 fueron declarados inocentes, y tres se escaparon.

<sup>22</sup> Cfr., LIÑAN LAFUENTE, ALFREDO, “Origen del Derecho Penal Internacional (I)”, en la obra colectiva *Derecho Penal Internacional* (GIL GIL, ALICIA y MACULAN, ELENA directoras), Editorial Dykinson S.A., Madrid, 2016, pp. 58 y 59.

<sup>23</sup> ABRISKETA, JOANA, *La Corte Penal Internacional: sanción para las más graves violaciones de los derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003, p. 642.

<sup>24</sup> BECERRA RAMÍREZ, MANUEL, *Las fuentes contemporáneas del Derecho Internacional*, I.I.J. de la UNAM, México, 2017, p. 137.

<sup>25</sup> PIGNATELLI Y MECA, FERNANDO, “La punición de las infracciones del Derecho Internacional Humanitario. Los Tribunales Internacionales de crímenes de guerra”, en la obra colectiva *Derecho Internacional Humanitario*, (JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ-VILLASANTE y JOAQUÍN PRIETO LÓPEZ-SÁNCHEZ), 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 1035.

<sup>26</sup> LIÑAN LAFUENTE, “Origen del Derecho Penal Internacional (I)”, en la obra colectiva *Derecho Penal Internacional*, ob. cit., p. 57.

dicho de otra forma, fue “el precedente de la idea de responsabilidad individual por violación del Derecho internacional”<sup>27</sup>, siendo este es el primer antecedente histórico del deber de investigar, juzgar y sancionar.

#### 4.2. CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL

La Corte Permanente de Justicia Internacional resolvió varios casos con fundamento en un principio generalmente reconocido en el Derecho de gentes, la *primacía* del Derecho internacional sobre el ordenamiento jurídico interno.

Recordemos que el primer antecedente se halla en el **Laudo Arbitral en el caso Alabama, entre Gran Bretaña y Estados Unidos**, en la Sentencia de septiembre 14 de 1872, en el que por primera vez se estableció el principio básico según el cual el derecho internacional prevalece sobre el ordenamiento jurídico interno.

En efecto, en el **Caso Wimbledon**, la Corte, dijo: “Un acto unilateral de un Estado no podía prevalecer sobre las disposiciones del tratado (...)”<sup>28</sup>.

A su vez, el principio de la primacía del derecho internacional ha sido resaltado unánimemente por la doctrina internacionalista<sup>29</sup> y constitucionalista<sup>30</sup>.

“La primacía de los tratados internacionales ha sido siempre la posición defendida por la más alta jurisdicción internacional. Los propios Estados han corroborado este principio general del Derecho relativo a la no invocabilidad del

---

<sup>27</sup> GIL GIL, ALICIA, *Derecho Penal Internacional I: Nacimiento y desarrollo histórico*, UNED, Madrid, núm. 2, sin paginar ni datos de editorial y año de edición.

<sup>28</sup> C.P.J.I., **Caso Wimbledon**, 1924, Series A, N° 1. En el mismo sentido el **Caso de Las Zonas Francas de la Alta Saboya**<sup>28</sup> C.P.J.I., 1930, Series A, N° 24. En la **Opinión Consultiva Danzig**, la Corte, mantuvo: “Un Estado no puede invocar frente a otro su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que le impone el Derecho Internacional o los tratados en vigor” C.P.J.I. En similar forma la **Opinión Consultiva Danzig**, 1932. En el **Caso del trato de los nacionales polacos**, C.P.J.I., 1927, Series A, N° 10.

<sup>29</sup> VERDROSS, ALFRED, *Derecho público internacional*, 5ª edición española, Editorial Aguilar, 1967, p. 66. SCHELLE, G., *Precis de Droit des Gens*, Vol. I, Traducción y cita de VARGAS CARREÑO, París, 1932, p. 32. REY, SEBASTIÁN ALEJANDRO, *Juicio y castigo. Las obligaciones de los Estados Americanos y su incidencia en el derecho argentino*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2012, p. 49. JIMÉNEZ PIERNAS, CARLOS, *Introducción al derecho internacional público. Práctica española*, adaptado al EEES, Editorial Tecnos, Madrid, 2010, p. 150.

<sup>30</sup> BIDART CAMPOS, GERMÁN J., “El artículo 75, inciso 22, de la Constitución y los Derechos Humanos”, en la obra colectiva *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 88.

derecho interno frente al tratado internacional, ligado íntimamente al principio *pacta sunt servanda* codificado en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969”<sup>31</sup>.

De lo anterior proviene el principio del Derecho internacional de la primacía del derecho internacional sobre el ordenamiento jurídico interno de los Estados en el plano internacional (i), y el principio de que un Estado no podrá invocar su propia legislación (incluida su Constitución) para incumplir una obligación internacional (ii).

Con base en la precitada jurisprudencia y doctrina argumentaré en la presente tesis que la citada norma constitucional que creó la renuncia a la persecución penal para agentes del Estado colombiano es incompatible con la primacía del Derecho internacional, además de que “no existe un instrumento internacional que autorice renunciar a la persecución de los responsables de crímenes de derecho internacional o de violaciones a derechos humanos”, según Amnistía Internacional, tal como lo advertí en la Introducción .

## **5. CARTA DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS**

Con un número superior a los 50 millones de muertos los países aliados (Estados Unidos de Norte América, Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Unión de las Repúblicas Soviéticas Socialistas, Francia) y otros Estados, una vez que vencieron a los países del eje (Alemania, Italia y Japón) y terminada la Segunda Guerra Mundial, el 28 de junio de 1945 en la ciudad de San Francisco, firmaron la Carta de las Naciones Unidas y crearon la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU) estableciendo así un Nuevo Orden mundial. Este tratado proscribía la guerra<sup>32</sup> y preserva la paz, resalta el respeto a la dignidad de la persona humana y menciona por lo menos seis veces los vocablos derechos humanos; “una profunda innovación de gran relevancia política y

---

<sup>31</sup> MANGAS MARTÍN, ARACELI y LIÑÁN NOGUERAS, DIEGO J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 6ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2010, p. 387.

<sup>32</sup> “Nosotros los Pueblos de las Naciones Unidas resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la humanidad sufrimientos indecibles (...)”.

jurídica ya que, a partir de la Carta [los Derechos Humanos], *pasó a ser una materia de interés internacional regulada por el Derecho internacional*<sup>33</sup>. Colombia es Estado Parte en la Carta de la ONU<sup>34</sup>.

A partir de 1945 se consolida el tránsito del Derecho internacional clásico al Derecho internacional contemporáneo con la creación de la ONU. En efecto, “(...) el Derecho internacional clásico tuvo un *origen principalmente consuetudinario*. Si en el Derecho internacional clásico la costumbre fue el principal procedimiento de positivización, en el Derecho internacional contemporáneo el tratado ha reemplazado a la costumbre”<sup>35</sup>.

De la Carta de la ONU en adelante, en el Derecho internacional contemporáneo se conformarán “tres grandes vertientes de protección internacional de la persona humana”<sup>36</sup>: Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional.

Se trata de conceptualizar y vislumbrar las convergencias jurídicas entre estas tres grandes vertientes del Derecho internacional alrededor de la persona humana como víctima de la perpetración de crímenes internacionales, proceso que explicaré a continuación.

Una vez creada la ONU, se adoptaron y suscribieron un considerable número de tratados, convenciones, convenios y protocolos internacionales que adelante destacaré por materias en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup> CARRILLO SALCEDO, JUAN ANTONIO, *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos, 50 años después*, Madrid, Editorial Trotta, 1999, pág. 19.

<sup>34</sup> Colombia tiene una población de 49.165.432 millones de habitantes (2017) y con 8. 847.047 millones de víctimas del conflicto armado interno, con fecha de corte 1 de julio de 2019, ver el Registro Único de Víctimas (RUV). Disponible en: <https://cifras.unidadvictimas.gov.co/>

<sup>35</sup> Cfr. CASADO RAIGON, RAFAEL, *Derecho internacional. Parte General*, Editorial Tecnos, Madrid, 2012, pp. 25 y 27.

<sup>36</sup> CANCADO TRINDADE, ANTONIO AUGUSTO, “Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario: aproximaciones y convergencias”, en la obra colectiva *Las tres vertientes de la protección internacional de los derechos de la persona humana*, Editorial Porrúa y Universidad Iberoamericana, México, 2003, pp. 109 y 110.

<sup>37</sup> Tres años después, en la ciudad de Bogotá, algunos Estados americanos firmaron la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), a la cual me referiré posteriormente.

En el Preámbulo de la Carta de la ONU, los pueblos de las Naciones Unidas resuelven reconocer internacionalmente la existencia de los derechos humanos, el mantenimiento de la justicia y el respeto por las obligaciones internacionales, siendo que “el valor más importante y excelso en el mundo jurídico es la justicia”<sup>38</sup>. De la Carta de las ONU se infiere una tríada: justicia, paz y derechos humanos<sup>39</sup>.

“La Carta de San Francisco, en materia de derechos humanos, es una respuesta a los horrendos crímenes cometidos por los nazis y en general en la contienda bélica”<sup>40</sup>. En efecto, el capítulo VII de la Carta (artículo 29) le confiere competencia al Consejo de Seguridad para “establecer los organismos subsidiarios que estime necesarios para el desempeño de sus funciones”. Con fundamento en esta normativa el Consejo, por medio de Resoluciones, creó tribunales *ad hoc* y tribunales mixtos con el fin de investigar, juzgar y condenar a los criminales de guerra<sup>41</sup>, que brevemente analizaré.

A continuación, desarrollaré la génesis de la obligación de investigar, juzgar y sancionar en los siguientes instrumentos internacionales en una perspectiva histórica.

## **5.1. ACUERDO DE LONDRES Y EL TRIBUNAL DE NÚREMBERG**

Durante el desarrollo de la II Guerra Mundial, los países aliados “comenzaron a advertir que los crímenes que se estaban cometiendo contra la población civil no quedarían sin castigo”<sup>42</sup>. Estos países celebraron varias conferencias<sup>43</sup>, entre otras, la de Londres y adoptaron el “Acuerdo relativo al proceso y castigo de los grandes criminales de guerra de las potencias europeas del eje”. Contiene un

---

<sup>38</sup> BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, T. I A, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 287.

<sup>39</sup> *Sin justicia no habrá paz* será mi lema en el desarrollo de mi trabajo.

<sup>40</sup> BECERRA RAMÍREZ, MANUEL, “El control de la aplicación del derecho internacional, en el Marco del Estado de Derecho”, en *I.I.J. de la UNAM*, México, 2013, p. 23.

<sup>41</sup> Cfr. GIL GIL, ob. cit., II, num 1.

<sup>42</sup> LIÑAN LAFUENTE, “Origen y evolución del Derecho Penal Internacional (I)” en la obra colectiva *Derecho Penal Internacional* (GIL GIL y MACULAN, directoras), ob. cit., pp. 60, cfr. BECERRA RAMÍREZ, *Las fuentes contemporáneas del Derecho Internacional*, ob. cit., p. 137.

<sup>43</sup> El 30 de octubre de 1943 se llevó a cabo la Conferencia de Moscú y los aliados adoptaron la denominada “Declaración de Moscú” y acordaron que los crímenes de guerra deberían ser investigados, juzgados y sancionados.



anexo que incluye el Estatuto creador del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, con competencia para *investigar, juzgar y condenar* a los “principales criminales de guerra”<sup>44</sup>, y crímenes contra la paz y crímenes contra la humanidad<sup>45</sup>. El Tribunal conoció “únicamente de los delitos cometidos por sujetos pertenecientes a los países vencidos”<sup>46</sup>.

El 1º de octubre de 1946 se dictó la sentencia y advirtiendo que “los **crímenes contra el derecho internacional** los cometen los hombres y no las entidades abstractas por lo que solo sancionando a los individuos que los cometen es posible hacer cumplir el Derecho internacional”<sup>47</sup> (negritas mías).

Se condenó a 22 acusados “por crímenes de guerra [con fundamento] en la vulneración de las leyes y usos de la guerra internacionalmente reconocidos en los Convenios de Ginebra y de La Haya”<sup>48</sup>.

La Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU) aprobó sin oposición la actuación del Tribunal de Núremberg mediante Resolución 95 de diciembre 11 de 1946, “relativa a la responsabilidad internacional del individuo titulada: «Confirmación de los Principios del Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Núremberg»”<sup>49</sup>.

En 1947 la ONU creó la Comisión de Derecho Internacional (en adelante la CDI), y fruto de un encargo esta aprobó en su segunda sesión de 1950 los *Principios de Derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Núremberg*, lo que se conoce comúnmente como los siete *Principios*

---

<sup>44</sup> Artículo 6: “El Tribunal establecido por el Acuerdo mencionado en el artículo 1 para juzgar y castigar a los principales criminales de guerra (...)”. Los “grandes criminales de guerra” eran oficiales del ejército alemán y miembros del partido nazi que participaron en los crímenes, estos eran los “máximos responsables”. “Los llamados criminales de guerra «menores» fueron juzgados por tribunales nacionales de los países ocupados”, GIL GIL, ob. cit., núm. 2, literal a.

<sup>45</sup> Los países aliados adoptaron el Acuerdo de Londres el 8 de agosto de 1945.

<sup>46</sup> GIL GIL, ob. cit., núm. 3, literal c.

<sup>47</sup> Judgement, Trial of Major War Criminals before the International Militar Tribunal, Núremberg, 14 November 1945-10 october 1946, pp.172 y ss.

<sup>48</sup> 12 de los 22 acusados fueron condenados a pena de muerte (la horca), a siete se les condenó a diferentes penas entre 10 a 20 años de prisión (a cuatro) y cadena perpetua (a tres) y los otros tres se absolvieron. El famoso criminal Hermann Göring se suicidó. El Tribunal declaró “organizaciones criminales a los órganos de dirección del partido nacional socialista, la GESTAPO y el cuerpo de las SS”. Cfr., LIÑAN LAFUENTE, “Origen y evolución del Derecho Penal Internacional (I)” en la obra colectiva *Derecho Penal Internacional*, ob. cit., pp. 60, 61 y 65. GIL GIL, ob. cit., núm. 3, literal c.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 643.

de *Núremberg*<sup>50</sup>. Estos fueron confirmados por la Asamblea General de la ONU por medio de la Resolución 95 (I) de diciembre 11 de 1956<sup>51</sup>.

“La expresión «*crimen internacional*» se adoptó a partir del Estatuto y la sentencia del Tribunal de Núremberg con relación a los crímenes de guerra, los crímenes contra la paz y los crímenes de lesa humanidad”<sup>52</sup>.

El Acuerdo de Londres y el Tribunal de Núremberg “supusieron la primera experiencia de **persecución y enjuiciamiento** penal *internacional* de individuos, a la vez que la primera definición de los crímenes internacionales”<sup>53</sup> (resaltado en negrillas fuera del texto).

El Estatuto fue objeto de duras críticas, “la principal es la infracción de los principios de legalidad e irretroactividad de la ley penal, por ser el Estatuto de Londres posterior a los hechos enjuiciados”<sup>54</sup>. En efecto, el Tribunal “declaró no aplicable el principio de legalidad, argumentando que la máxima expresa un principio de justicia y sería más injusto que estas infracciones intencionadas contra los Convenios y estipulaciones internacionales quedaran sin castigo”<sup>55</sup>.

Los defensores del juicio de *Núremberg* argumentaron que “las conductas que se castigaron se hallaban previamente prohibidas por el Derecho internacional. Sólo los crímenes de guerra, existían, quizás, en el Derecho internacional consuetudinario”<sup>56</sup>.

---

<sup>50</sup> **Principio I.** Cualquier persona que cometa actos que constituyan un crimen bajo las leyes internacionales será responsable y por consiguiente sujeto a castigo. **Principio II.** El hecho de que las leyes internas no impongan castigo por un acto que constituya un crimen bajo las leyes internacionales no exime a la persona que cometió el acto de su responsabilidad bajo las leyes internacionales. (...) **Principio VI.** Los crímenes que se enumeran a partir de aquí son castigables como crímenes bajo las leyes internacionales: (a) Guerra de agresión (...) (b) Crímenes de Guerra (...). (c) Crímenes contra la humanidad. (...).

<sup>51</sup> Cfr., GIL GIL, ob. cit., num. 3, literal a.; PIGNATELLI Y MECA, “La Corte Penal Internacional”, en la obra colectiva *Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., p. 1090.

<sup>52</sup> GUTIÉRREZ POSSE, HORTENSIA D.T., *Elementos de Derecho Internacional Penal*, Editorial De los Cuatro Vientos, Buenos Aires, 2006, p.103.

<sup>53</sup> MACULAN, ELENA, *Los crímenes internacionales en la jurisprudencia latinoamericana*, Marcial Pons, Madrid, 2019, p.124.

<sup>54</sup> GIL GIL, ob. cit., num. 3, literal c.

<sup>55</sup> GIL GIL, ob. cit., num. 3, literal c.

<sup>56</sup> *Ibidem*.

“El citado Estatuto puede considerarse como la partida de nacimiento del Derecho Penal Internacional”<sup>57</sup>.

## 5.2. CONVENCIÓN PARA LA PREVENCIÓN Y SANCIÓN DEL DELITO DE GENOCIDIO

Dos años después de la sentencia de Núremberg, la AGNU adoptó la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (diciembre 9 de 1948), que establece que este “es un delito de derecho internacional”, crimen que los Estados “se comprometen a prevenir y *sancionar*” (art. I), y dispone que las personas que cometen genocidio o diversos actos conexos “*serán castigadas*, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares” (art. IV), y que “*serán juzgadas* por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la Corte Penal Internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción (art. VI)”<sup>58</sup>.

Resalto que esta Convención fue el primer tratado internacional que estableció el deber internacional de investigar, juzgar y sancionar, en un día histórico, 9 de diciembre de 1948. Así se van sentando las bases jurídicas del *DPI*, que se interrelaciona con la protección de los derechos humanos, entre otros, el derecho de acceso a la justicia.

## 5.3. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS

Un día después, la AGNU el 10 de diciembre de 1948, adoptó la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>59</sup> (en adelante DUDH), que en el Preámbulo destaca que “la *justicia y la paz* en el mundo tienen por base el **reconocimiento de la dignidad humana** y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana (...), el desconocimiento de los derechos humanos han originado *actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la*

---

<sup>57</sup> OLLÉ SESÉ, MANUEL, *Justicia universal para crímenes internacionales*, La Ley, Madrid, 2008, p. 121.

<sup>58</sup> Cfr., UPRIMNY YEPES, RODRIGO; SÁNCHEZ DUQUE, LUZ MARÍA y SÁNCHEZ LEÓN, NELSON CAMILO, *Justicia para la paz, crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*, “Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad”, *Dejusticia*, Bogotá, 2013, p. 33.

<sup>59</sup> Resolución 217 (III) de la AGNU, de diciembre 10 de 1948, París.

*humanidad*” (negrillas y cursivas fuera del texto). Los *actos de barbarie* son los cometidos en la guerra y no deben quedar sin castigo.

“La afirmación en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de Derechos Humanos de que todo ser humano, en cuanto tal, es titular de derechos oponibles a todo Estado constituyó una profunda innovación de gran relevancia política y jurídica ya que, a partir de la Carta y la Declaración, el modo en que un Estado respete los derechos de las personas que se hallen bajo su jurisdicción *pasó a ser una materia de interés internacional regulada por el Derecho Internacional*”<sup>60</sup>.

Con la adopción del primer instrumento universal comienza el proceso de formación del *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, y la configuración del Sistema Universal de protección de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

El movimiento internacional en *pro* de los derechos humanos, “desencadenado por la Declaración Universal de Derechos Humanos, vino a superar distinciones tradicionales: son sujetos de derecho «todas las criaturas humanas», como miembros de la «sociedad universal»”<sup>61</sup>.

Se consagra pues el *acceso a la justicia* como un derecho universal<sup>62</sup>.

Durante el período comprendido entre 1945 y 1950, una buena parte de la normativa internacional adquirió “naturaleza consuetudinaria de *ius cogens* y el más alto rango normativo existente en el Derecho Internacional”<sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup> CARRILLO SALCEDO, JUAN ANTONIO, *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos, 50 años después*, Editorial Trotta, Madrid, 1999, p. 19.

<sup>61</sup> CANCADO TRINDADE, ANTONIO A. “El acceso directo de los individuos a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos”, en *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001, p. 327.

<sup>62</sup> “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”, artículo 10 de la DUDH. Uno de los ejes de mi tesis.

<sup>63</sup> OLASOLO ALONSO, HÉCTOR, *Introducción al Derecho Internacional Penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 32.

#### 5.4. LOS CUATRO CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949<sup>64</sup>

Por otra parte, recordemos que “los usos y costumbres de la guerra” de origen milenario son la fuente del Derecho Internacional Humanitario, posteriormente codificadas convencionalmente, por voluntad de los Estados. Por tanto, hay que distinguir el DIH convencional del DIH consuetudinario. En efecto, en este último existen dos normas consuetudinarias que establecieron el deber internacional de investigar y, si procede, encausar a los responsables:

“**Norma 15** *Las personas que cometan crímenes de guerra son penalmente responsables*”<sup>65</sup>.

“**Norma 158.** Los Estados deberán *investigar* los crímenes de guerra presuntamente cometidos por sus ciudadanos o sus fuerzas armadas, así como en su territorio, y *encausar*, si procede, a los imputados. Deberán así mismo *investigar* otros crímenes de guerra que sean de su competencia y *encausar*, si procede, a los imputados”<sup>66</sup> (resaltado fuera del texto).

“Las partes de los Convenios de Ginebra tienen la obligación de buscar, enjuiciar y castigar a los perpetradores de infracciones graves de los Convenios de Ginebra (...) la obligación de enjuiciar infracciones graves es «absoluta» (...) los Estados Partes no pueden bajo ninguna circunstancia otorgar inmunidad o amnistía a los perpetradores frente al enjuiciamiento por infracciones graves de los Convenios”<sup>67</sup>.

Adelante me referiré a la obligación de enjuiciar para demostrar la impunidad patrocinada por la implementación del Acuerdo Final para la Paz con los beneficios penales para los agentes del Estado colombiano.

---

<sup>64</sup> Los cuatro Convenios se suscribieron el 12 de agosto de 1949, en Ginebra (Suiza).

<sup>65</sup> COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (CICR), *Lista de las normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario*, p. 46. Se trata de 161 reglas consuetudinarias del Derecho Internacional Humanitario codificadas por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). Cfr., J.M. HENCKAERTS y LOUISE DOSWALD-BECK, *El Derecho Internacional Humanitario*, Madrid, 2005.

<sup>66</sup> No distingue si los autores de los crímenes internacionales son o no los “máximos responsables”.

<sup>67</sup> Cfr., SHARF, MICHEL P., “La excepción de amnistía en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional”, en la obra colectiva *¿Son compatibles las amnistías y la Corte Penal Internacional?* (YESID REYES ALVARADO, Editor), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018, p. 136.

En este orden de ideas, la AGNU adoptó los cuatro Convenios de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario de 1949, conocidos comúnmente como el *Derecho de Ginebra*, “cuyo objetivo es proteger a los militares puestos fuera de combate y a las personas que no participan en las hostilidades, en particular a la población civil”<sup>68</sup>. Este Derecho está “dedicado a la protección de las víctimas de la guerra (prisioneros, militares heridos y enfermos, náufragos y población civil)”<sup>69</sup>. Son las víctimas que el Artículo 3 Común protege.

El Artículo 3<sup>70</sup>, como su nombre lo indica, es Común porque está contenido en los cuatro Convenios de Ginebra con idéntico texto<sup>71</sup>, y la mayor parte de sus disposiciones son normas de *ius cogens*. Comenta ROGER PINTO que el Artículo 3 Común constituye una “Convención en miniatura”<sup>72</sup>, aplicable en los conflictos armados internos.

Las normas de *ius cogens* son “las más importantes en el Derecho internacional, que se encuentran en la cúspide de la pirámide normativa internacional”<sup>73</sup>, y tienen rango superior en la jerarquía en el Derecho internacional<sup>74</sup>. Dichas “normas de *ius cogens* o normas imperativas de derecho internacional general *prevalecen* sobre cualesquiera otras normas que no tengan ese carácter”<sup>75</sup>. Ejemplo, estas normas de *ius cogens* prevalecen sobre la norma constitucional creadora de la *renuncia a la persecución penal* para agentes del Estado colombiano, como lo demostraré adelante.

---

<sup>68</sup> COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA y OEA, *Curso introductorio sobre Derecho Internacional Humanitario*, Washington, 2007, p. 25.

<sup>69</sup> LIÑAN LAFUENTE, “Los crímenes de guerra”, en la obra colectiva *Derecho Penal Internacional*, ob. cit., p. 444.

<sup>70</sup> La obra reciente y más completa acerca del Artículo 3 Común se denomina *Commentary on the first Geneva Convention. Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, Cambridge University Press, editorial Committe Knut Dörmann, Liesbeth Linjzaad, Marco Sassóli and Philip Spoerri, Project Team Jean- Marie Henckaerts, 2016.

<sup>71</sup> Cfr. JEAN PICTEC, *Comentario del Artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra y relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional*, Plaza y Janés Editores, Bogotá, Colombia, 1998, pp. 4, 6 y 9.

<sup>72</sup> ROGER PINTO, “Les règles du droit international concernant la guerre civile”, en *Recueil des Cours*, Vol. 114, 1965-I, París, p. 524.

<sup>73</sup> CÁCERES BRUN, ob. cit., pp. 157 y 158.

<sup>74</sup> “En la 68ª sesión (2016) de la Comisión de Derecho Internacional (que en 2015 había decidido incluir el *ius cogens* en el programa de su trabajo), en su proyecto de conclusión 3 de su primer informe, el Relator especial Dire Tladi sostenía que «las normas de *ius cogens* amparan los valores fundamentales de la comunidad internacional, son jerárquicamente superiores a otras normas de Derecho internacional y son de aplicación universal»”, cita de CÁCERES BRUN, ob. cit., p. 158.

<sup>75</sup> RODRÍGUEZ CARRIÓN, ALEJANDRO J., *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 6ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2006, p. 144.

En efecto, el conjunto normativo [numeral 1, literales a), b), c) y d) y literal 2] del Artículo 3 Común<sup>76</sup>, son normas *ius cogens* aceptadas por la comunidad internacional en su conjunto; son normas *con efectos erga omnes*.

“Los cuatro Convenios han sido ratificados universalmente, es decir, por todos los [196] Estados que integran la comunidad internacional”<sup>77</sup>, entre otros, Colombia<sup>78</sup>.

Posteriormente, la Asamblea General de la ONU adoptó la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes el 10 de diciembre de 1984. El artículo 4 preceptúa que “todo Estado Parte (...) *castigará* esos delitos *con penas* adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad” (resaltado fuera del texto). La Convención estableció el Comité contra la tortura (artículo 4).

En 2006 la misma Asamblea adoptó la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. En el artículo 4b los Estados se obligaron a “adoptar medidas legislativas, judiciales y administrativas para *perseguir, enjuiciar y castigar* conforme a su jurisdicción a las personas responsables o acusadas” (resaltado fuera del texto).

## 5.5. TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES *AD HOC* Y TRIBUNALES MIXTOS<sup>79</sup>

El Consejo de Seguridad de la ONU mediante Resoluciones estableció Tribunales Internacionales Penales *Ad Hoc* para *investigar, juzgar y sancionar* a los responsables de graves crímenes internacionales.

---

<sup>76</sup> “(...) el homicidio en todas sus formas” está contemplado en el artículo 3 y se tipifica como un crimen de guerra según el literal a), numeral 1), artículo 8 del ER. Volveré sobre este crimen con estatus de *ius cogens* al tratar los llamados “falsos positivos”, atribuibles a agentes del Estado (las Fuerzas Armadas de Colombia), quienes no podrían beneficiarse de la *renuncia a la persecución penal* por ser incompatible con las normas imperativas del *ius cogens*.

<sup>77</sup> RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, “Fuentes del Derecho Internacional Humanitario”, en la obra colectiva *Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., p. 62.

<sup>78</sup> Colombia es Parte en las cuatro Convenciones de Ginebra, desde el 8 de noviembre de 1961.

<sup>79</sup> No me referiré a todos los Tribunales; solo a aquellos cuyos Estatutos y jurisprudencia me ofrecen fundamentos para el desarrollo de mi tesis doctoral.

En la Resolución 827 de 1993 se adoptó el Estatuto que estableció el Tribunal en la ex-Yugoeslavia<sup>80</sup>. Su jurisprudencia contribuyó a la definición de conflicto armado, la precisión del elemento específico de los crímenes de lesa humanidad, y la configuración de la prohibición de la tortura<sup>81</sup>.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Por medio de la Resolución 955 de 1994 se adoptó el Estatuto con base en el cual se estableció dicho Tribunal para el enjuiciamiento de los “máximos responsables” de graves violaciones al DIH bélicos, y actos de genocidio de la etnia *Tutsi* contra la etnia *Hutus* cometidos en el territorio de Ruanda y de Estados vecinos.

La jurisprudencia de los dos Tribunales “ha llevado [a] juzgar a individuos acusados de cometer crímenes de derecho internacional”<sup>82</sup> centrándose “en la categoría de crímenes de *ius cogens*”<sup>83</sup>.

Tribunal Mixto para Sierra Leona. Fue creado por medio de un Acuerdo celebrado entre el gobierno de este Estado y la ONU (2002), en el que se reconoció una amnistía general, beneficio que permitió a la defensa alegar que el Estado había *renunciado a la persecución penal* de los crímenes internacionales, lo cual fue rechazado por el Tribunal, argumentando que los Estados tienen la obligación impuesta por el Derecho internacional de perseguir aquellos crímenes tipificados en reglas con estatus de *ius cogens*, lo cual constituyó un gran avance al DPI<sup>84</sup>.

Entre los aportes jurisprudenciales está el enjuiciamiento primera vez de crímenes de guerra, por reclutar niños menores de 15 años como combatientes: “los niños soldados”<sup>85</sup>. Al ex-presidente de Liberia, Charles Taylor, se le condenó con pena de 50 años.

---

<sup>80</sup> El objetivo era enjuiciar a los presuntos responsables de genocidio y graves violaciones al DIH. En 15 años el Tribunal ha condenado cerca de 50 criminales; algunos como “máximos responsables” y otros sin esta calificación.

<sup>81</sup> Cfr., CASTILLO DAUDÍ y otro, ob. cit., p. 50.

<sup>82</sup> GUTIÉRREZ POSSE, ob. cit., p. 25.

<sup>83</sup> OLASOLO ALONSO, HÉCTOR, *Derecho Internacional Penal, justicia transicional y delitos transnacionales: dilemas políticos y normativos*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 288.

<sup>84</sup> Cfr., CASTILLO DAUDÍ y otro, ob. cit., pp. 177 y 178.

<sup>85</sup> La CPI, en marzo de 2012, condenó al ex -líder rebelde congolés Tomás Lubanga, por este crimen.



De esta forma se explicó brevemente los aportes jurisprudenciales de los citados tribunales penales internacionales<sup>86</sup>, entre los que resalto la improcedencia de la *renuncia a la persecución penal* y las amnistías para los crímenes internacionales, de lo que se concluye que se debe investigar, juzgar y condenar a los ex-combatientes por hechos que se tipifiquen como graves crímenes internacionales, categorizados por dicha jurisprudencia como crímenes de *ius cogens*<sup>87</sup>.

Así mismo, la AGNU adoptó la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad<sup>88</sup>. Según OLLÉ SESÉ la citada Convención es norma de *ius cogens* y compromete a los Estados Partes para impedir la prescripción de la acción penal y de la pena de estos crímenes<sup>89</sup>. Si los Estados no ratifican la Convención les será aplicable, porque esta categoría de norma de Derecho Internacional General (*ius cogens*) no nace con tal Convención, sino que está reconocida en ella; así también las leyes de amnistía o cualquier otra forma excluyente de responsabilidad penal, no tienen efectos, según la Corte IDH<sup>90</sup>.

Como complemento de lo anteriormente expuesto, es importante resaltar que en los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas* <sup>91</sup>se estableció el deber de investigar, juzgar y sancionar los crímenes internacionales (Numeral III 4)<sup>92</sup>, y “declaran que no prescribirán los crímenes de Derecho

---

<sup>86</sup> Los Tribunales de la ex-Yugoeslavia, Ruanda y Sierra Leona, a diferencia de los Tribunales de Núremberg y Tokio, no eran tribunales militares.

<sup>87</sup> Cfr., OLASOLO ALONSO, *Derecho Internacional Penal, justicia transicional y delitos transnacionales: dilemas políticos y normativos*, ob. cit., p. 288.

<sup>88</sup> Adoptada el 26 de noviembre de 1968 y en vigor desde el 11 de noviembre de 1970.

<sup>89</sup> Cfr., OLLÉ SESÉ, *Crimen internacional y jurisdicción penal nacional: De la justicia universal a la jurisdicción penal interestatal*, ob. cit., pp. 103, 104 y 136; autor que cita *in extenso* jurisprudencia de tribunales internacionales y regionales que permiten confirmar que los crímenes de *ius cogens* repelen el indulto, la prescripción o cualquier otra gracia semejante.

<sup>90</sup> “Aun cuando Chile no ha ratificado dicha Convención esta Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (*ius cogens*) que no nace con tal Convención, sino que está reconocida en ella. Consecuencialmente, Chile no puede dejar de cumplir esta norma imperativa”. “(...) el Estado no podrá argumentar prescripción, así como cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar”. Caso Almonacid Arellano contra Chile, Sentencia de septiembre 26 de 2006, párrs. 151, 152 y 153.

<sup>91</sup> “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, aprobados por Resolución 2005/35, adoptada por la Comisión de Derechos Humanos el 19 de abril de 2005, y después por la Resolución 60/147 de la Asamblea General de la ONU, de diciembre 16 de 2005.

<sup>92</sup> “En los casos de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario **que constituyan crímenes** en virtud del derecho

internacional”<sup>93</sup> (Numeral 4). Es “el instrumento internacional más actual, desarrollado y completo en la materia [y] conforma el estatuto jurídico internacional de las víctimas”<sup>94</sup>, que debe emplearse en la interpretación de los tratados internacionales que adelante estudiaré.

## 5.6. LA CONFIGURACIÓN DE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES CON ESTATUS DE *IUS COGENS*

“Los crímenes internacionales son violaciones al derecho internacional que acarrearán responsabilidad penal de los individuos involucrados (en contraposición a la responsabilidad de los Estados de los cuales los individuos pueden actuar como agentes)”<sup>95</sup>.

Por otra parte, la AGNU adoptó la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>96</sup> y el artículo 53<sup>97</sup> “define lo que pudieran ser los elementos normativos del *ius cogens*; para determinar la aceptación y el reconocimiento por parte de la comunidad internacional de Estados de que una norma es de *ius cogens*, se requiere que la misma sea: i) de derecho internacional general; ii) de jerarquía superior al resto de las normas de derecho internacional; iii) de alcance universal; e iv) inderogable”<sup>98</sup>.

---

internacional, los Estados tienen la obligación de *investigar* y, si hay suficientes pruebas, *enjuiciar* a las personas presuntamente responsables de las violaciones y, si se las declara culpables, la obligación de *castigarlas*” (negrillas y cursivas fuera del texto).

<sup>93</sup> Cita de OLLÉ SESÉ, *Crímen internacional y jurisdicción penal nacional: De la justicia universal a la jurisdicción penal interestatal*, ob. cit., p. 137.

<sup>94</sup> VACAS FERNÁNDEZ, FÉLIX, *El conflicto de Colombia y los Acuerdos de Paz en perspectiva internacional. Evolución, procesos de paz y derechos de las víctimas a la luz del derecho y las relaciones internacionales*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2017, pp. 366 y 367. Del mismo autor “Los derechos de las víctimas de crímenes internacionales como límite jurídico a la discrecionalidad negociadora de las partes en procesos de paz: El caso de Colombia”, en *Revista Derecho y Libertades*, N° 31, Época II, junio 2014, pp. 191-225.

<sup>95</sup> CASSESE, ANTONIO, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, p. 23. El autor señala que estos crímenes pueden tener, entre otras, características la siguiente: **y si la persona acusada actuó como agente estatal no puede beneficiarse de ningún tipo de inmunidad**; cita de DONDE MATUTE, JAVIER, *Derecho Penal Internacional*, Oxford University Press, México, 2008, p. 10 (negrillas fuera del texto).

<sup>96</sup> Adoptada el 23 de mayo de 1969; en vigor desde el 27 de enero de 1980. Colombia se hizo Estado Parte en la Convención el 14 de abril de 1985.

<sup>97</sup> “Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

<sup>98</sup> OLLÉ SESÉ, *Crímen internacional y jurisdicción penal nacional: De la justicia universal a la jurisdicción penal interestatal*, ob. cit., pp. 102 a 107.

Ahora, “para que un crimen esté investido del carácter de *ius cogens* deberá: i) ser un crimen de Derecho internacional; ii) que la calidad de la norma internacional que contemple ese crimen, dentro del Derecho internacional, sea considerada de especial importancia; iii) que el bien jurídico protegido del crimen internacional sea supranacional y proteja valores fundamentales de la comunidad internacional<sup>99</sup>, y iv) que la prohibición y persecución de ese crimen sea aceptado por la mayoría de los Estados de la comunidad internacional”<sup>100</sup>.

Por otra parte, “los crímenes de naturaleza *ius cogens* acarrean obligaciones, que se denominan esencialmente por su imperatividad, *erga omnes*, porque obligan a todos los Estados a su observancia y ejecución. Estas obligaciones – que buscan la **realización de la justicia**– en el ámbito del DPI en materia de crímenes internacionales de *ius cogens*, se traducen en: i) **la obligación de investigarlos y enjuiciarlos de forma eficaz, imparcial y sin dilaciones**. Obligación que no fenece, en su caso, con la imposición de la pena, sino que extiende sus efectos a la fase de ejecución y cumplimiento de la misma”<sup>101</sup> (negritas fuera del texto). En otras palabras, “los crímenes internacionales están tipificados en normas de carácter imperativo que, generan obligaciones oponibles *erga omnes*, siendo trascendente para la comunidad internacional en su conjunto juzgar y sancionar su comisión”<sup>102</sup>.

En resumen, los indultos, las amnistías o cualquier otra medida análoga chocan con la obligación *erga omnes* de investigar, enjuiciar y, en su caso, sancionar estos crímenes de *ius cogens*, según OLLÉ SESÉ<sup>103</sup>. En mi concepto, la *renuncia a la persecución penal* sería una medida análoga, que explicaré después.

Es evidente que el mencionado deber internacional de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de crímenes internacionales de *ius cogens limita* la actuación de los Estados, entre otros Colombia, porque a las víctimas del conflicto armado interno se les debe *garantizar* el “acceso igual y efectivo a la

---

<sup>99</sup> Bienes protegidos como la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad, cuyas violaciones conmocionan la conciencia de la humanidad, cita de OLLÉ SESÉ, ob. cit., pp. 113.

<sup>100</sup> *Ibidem*, ob. cit., pp. 113 y 234.

<sup>101</sup> *Ibidem*, ob. cit., pp. 115, 117 y 234.

<sup>102</sup> GUTIÉRREZ POSSE, ob. cit., pp. 85 y 103.

<sup>103</sup> OLLÉ SESÉ, *Ibidem*, ob. cit., pp. 115, 117, 125 y 234.

justicia”, y “a un procedimiento justo e imparcial [que] deberá reflejarse en el derecho interno”<sup>104</sup>. Busquemos la **realización de la justicia** con “el consolidado régimen jurídico internacional vigente de los crímenes de *ius cogens*”<sup>105</sup>, siguiendo a OLASOLO ALONSO, OLLÉ SESÉ, ROBERTSON y GUTIÉRREZ POSSE.

En perspectiva histórica, continúo con la exposición del deber de investigar, juzgar y sancionar los crímenes, como norma de *ius cogens*, en el escenario regional de la Organización de Estados Americanos (OEA).

## **6. CARTA DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS Y LA DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE**

Del 30 de marzo al 2 de mayo de 1948, en la ciudad de Bogotá, se llevó a cabo la Novena Conferencia Internacional Americana<sup>106</sup>. El objetivo era crear una *Organización Regional de Estados Americanos*, en un contexto carente de representatividad política porque “más de la mitad de los delegados que representaban a los gobiernos no eran electos”<sup>107</sup>, en un escenario con “fragilidad de las instituciones democráticas, del Estado de derecho y la tendencia al populismo y al autoritarismo”<sup>108</sup>, y agitado por violaciones a los derechos de los individuos. Veintiún Estados Latinoamericanos<sup>109</sup> comparecieron a la citada Conferencia y adoptaron y firmaron la *Carta de la*

---

<sup>104</sup> *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas*, numerales VII, 11,a) y VIII, 12.

<sup>105</sup> OLASOLO ALONSO, *Derecho Internacional Penal, justicia transicional y delitos transnacionales: dilemas políticos y normativos*, ob. cit., pp. 313, 314 y 348.

<sup>106</sup> De importancia transcendental esta Conferencia porque, entre otras, se reorganizó, consolidó y fortaleció el Sistema Interamericano y, además, se cambió el nombre de la “Conferencia Internacional Americana”, por el de “Conferencia Interamericana”, cfr. OEA, Departamento Jurídico de la Unión Panamericana, 1960, p. 109.

<sup>107</sup> TIRADO MEJÍA ÁLVARO, *Colombia en la OEA*, Banco de la República/El Áncora Editores, Bogotá, 1998, p. 289.

<sup>108</sup> ARRIGHI JEAN MICHEL, *La OEA y el Derecho internacional*, Editorial Porrúa, México, 2015, p. 9.

<sup>109</sup> Dieciocho Estados del continente y tres islas del Caribe asistieron a la Novena Conferencia Americana para un total de veintiún Estados. Canadá no asistió.

Organización de los Estados Americanos (OEA) el 30 de abril<sup>110</sup>. En la actualidad la OEA está integrada por 35 Estados Miembros<sup>111</sup>.

En el artículo 3 de la Carta, uno de los principios compromete a los Estados a *proclamar* “los derechos fundamentales de la persona humana” (literal L).

Además, en la misma Novena Conferencia Internacional, los veintiún Estados suscribieron la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>112</sup>, el 2 de mayo de 1948. Comienza así el proceso de *formación* del Sistema Interamericano. “En ella figuran los derechos humanos a título de principios en los que se funda la Organización”<sup>113</sup>. En 1969 los Estados en la Asamblea General de la OEA (en adelante AG de la OEA) adoptaron y firmaron la CADH<sup>114</sup> que entró en vigor el 18 de julio de 1978. Según CANCELED TRINDADE con la entrada en vigor de la CADH se *institucionaliza* convencionalmente el SIDH, y su *consolidación* empieza con la construcción jurisprudencial de la Corte IDH con las dos sentencias sobre el fondo en los casos Velásquez Rodríguez (1988) y Godínez Cruz (1989) contra Honduras, que entre sus aportes destaca el triple deber de los Estados Parte de prevenir, investigar y sancionar las violaciones de los derechos humanos<sup>115</sup>. Del SIDH me ocuparé en la parte final del presente capítulo con énfasis en la Corte IDH.

---

<sup>110</sup> Durante las sesiones de la Conferencia Americana que se desarrollaba en el Congreso de la República, el 9 de abril asesinaron al líder liberal popular de clara vocación democrática Jorge Eliecer Gaitán, candidato a la Presidencia de la República de Colombia, generando la violencia política. En este escenario de graves violaciones a los derechos de los individuos, con miles de muertos, se escribió con sangre la Carta de la OEA por los Estados americanos que la adoptaron y firmaron con el fin de lograr la *paz* que aún no llega.

<sup>111</sup> Se aclara que Cuba continúa siendo un Estado Miembro de la OEA. El Gobierno estuvo excluido de participar en las sesiones de la Asamblea General de la OEA, por Resolución de la Octava Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, de 1962; posteriormente la Asamblea lo reintegró el 2 de junio de 2009. Información disponible en: [http://www.oas.org/es/estados\\_miembros/default.asp](http://www.oas.org/es/estados_miembros/default.asp)

<sup>112</sup> La DADDH antecede siete meses y ocho días a la DUDH, firmada en París el 10 de diciembre de 1948, en la AG de la ONU. Cronológicamente la Declaración Americana fue el primer instrumento internacional de derechos humanos en la historia de la humanidad, lo que significa que el proceso de formación del DIDH comenzó en América y no en Europa.

<sup>113</sup> GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Editorial Porrúa, México, 2007, p. 103.

<sup>114</sup> En la Conferencia especializada de derechos humanos (del 7 al 22 de noviembre de 1969), en San José de Costa Rica, veintiséis Estados adoptaron y firmaron la CADH, aprobada por la Ley 16 de 1972, ratificada por el Estado colombiano el 31 de julio de 1973.

<sup>115</sup> Cfr. CANCELED TRINDADE, ANTONIO AUGUSTO, “Formación, consolidación y perfeccionamiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, en *Curso de Derecho Internacional*, Comité Jurídico Interamericano, XVII, Secretaría General, OEA, Washington D.C., 1990, pp. 11-47.

¿Qué tratados interamericanos contienen el deber de investigar, juzgar y sancionar?

## 6.1. LAS CONVENCIONES INTERAMERICANAS Y EL DEBER DE INVESTIGAR, JUZGAR Y SANCIONAR

La AG de la OEA adoptó tres Convenciones Interamericanas, codificando el deber de investigar, juzgar y sancionar que se origina en el Derecho Internacional Humanitario consuetudinario, como se explicó.

La AG de la OEA asimismo adoptó en Cartagena, el 9 de diciembre de 1985, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura<sup>116</sup>. El artículo 6 estableció que “los Estados Partes tomarán medidas efectivas para prevenir y *sancionar* la tortura en el ámbito de su jurisdicción (...), estableciendo para *castigarlos sanciones* severas que tengan en cuenta su gravedad”. Asimismo, cuando exista denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura (...) los Estados Partes garantizarán (...) realizar una *investigación* sobre el caso y a *iniciar*, cuando corresponda el respectivo proceso penal”. Del mismo título de la Convención se desprende la obligación de *sancionar* la tortura, lo cual supone previamente *investigar y juzgar* dicho crimen.

Al respecto, se ha dicho que: “(...) la Convención impone a los Estados las obligaciones específicas de *investigar* de manera completa y *sancionar* a los responsables de tortura. El artículo 1 articula la obligación general de *sancionar* la tortura. El artículo 8 obliga a los Estados a garantizar una *investigación* imparcial”<sup>117</sup> (cursivas añadidas).

Obsérvese que la CADH estableció la prohibición de la tortura al reconocer el derecho a la integridad personal en el artículo 5<sup>118</sup>. La proscripción de la tortura

---

<sup>116</sup> Aprobada por Ley 409 de 1997, y ratificada por el Estado colombiano el 2 de diciembre de 1998.

<sup>117</sup> RODRÍGUEZ-PINZÓN, DIEGO & MARTÍN, CLAUDIA, *La prohibición de la tortura y los malos tratos en el Sistema Interamericano*. Manual para víctimas y sus defensores, OMCT, México, 2006, pp. 141 y 143.

<sup>118</sup> El derecho a la integridad personal y la prohibición de la tortura (...) son derechos inderogables según el artículo 27.1 de la CADH: “En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia (...)”, por ejemplo, en caso de *conflictos armados internos*, ninguno de los derechos humanos enumerados taxativamente podrá ser suspendidos; por ello el numeral 2 enfatiza al expresar “ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”.

“figura en el ámbito del *jus cogens*: inaceptable, en cualquier caso, sin salvedad alguna”<sup>119</sup>.

Posteriormente la AG de la OEA en *Belém do Pará*, el 9 de junio de 1994, adoptó la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas<sup>120</sup>. El artículo I establece que “los Estados Partes en esta Convención se comprometen: (...) b. *Sancionar* en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo”.

La Convención “establece, como consecuencias jurídicas de su tipificación del delito de desaparición forzada (...) las siguientes: jurisdicción universal y obligación de juzgar a los responsables del delito; la imprescriptibilidad de la acción; la obligación de los Estados de investigar y castigar a los responsables del delito”<sup>121</sup>.

Como consecuencia de la imprescriptibilidad de la acción penal, la amnistía, el indulto o cualquier otra medida análoga como la *renuncia a la persecución penal* no tienen efectos jurídicos, debido a que la normativa internacional<sup>122</sup>, y la *jurisprudencia constante* de la Corte IDH lo prohíben porque impiden que se cumpla con el deber de investigar y sancionar a los responsables de crímenes internacionales de *ius cogens*<sup>123</sup>. Argumento aplicable al crimen de tortura.

El 9 de junio de 1994 la AG de la OEA, en Belém do Pará (Brasil), adoptó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “*Convención de Belém do Pará*”<sup>124</sup>. El artículo 1 define la conducta<sup>125</sup>. Los Estados Partes en esta Convención deben “actuar con la debida

---

<sup>119</sup> Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, ob. cit., p. 27.

<sup>120</sup> Aprobada por Ley 707 de 2001, y ratificada por el Estado colombiano el 12 de abril de 2005.

<sup>121</sup> CANCADO TRINDADE, ANTONIO, “Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos (1948-2002)”, en la obra colectiva *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao (España) Editado por la Universidad de Deusto, 2003, p. 574.

<sup>122</sup> La Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad.

<sup>123</sup> Corte IDH, Resolución de agosto 31 de 2017 de supervisión de cumplimiento de la sentencia de octubre 25 de 2012, en el caso Masacre El Mozote y lugares aledaños contra El Salvador, párr. 17 y otros casos. Volveré sobre la jurisprudencia *constante* de la Corte.

<sup>124</sup> Aprobada por Ley 248 de 1995, y ratificada por el Estado colombiano el 15 de noviembre de 1996.

<sup>125</sup> “Debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en privado”. Se resalta en esta norma la violencia sexual.

diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer” (art. 7, literal b). “(...) En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando [esté] afectada por situaciones de conflictos armados (...)” (art. 9).

La jurisprudencia interamericana presenta algunos casos concretos de tortura sexual. “La violencia sexual que puede llegar en determinadas circunstancias a la categoría de tortura”<sup>126</sup>, crimen que, desafortunadamente, es frecuente en los conflictos armados internacionales e internos, como lo expondré adelante.

En conclusión, las tres Convenciones Interamericanas establecen el deber de investigar, juzgar y sancionar, en especial las dos primeras, que tipifican crímenes internacionales con estatus de *ius cogens*. Volveré sobre el tema.

## **6.2. INTERCONEXIÓN NORMATIVA ENTRE LAS CONVENCIONES INTERAMERICANAS, EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL**

La tortura y la desaparición forzada de personas fueron inicialmente tipificadas en las citadas convenciones interamericanas, y luego en el Estatuto de Roma como crímenes de lesa humanidad<sup>127</sup>. Adicionalmente, la tortura constituye infracción grave de los Convenios de Ginebra de 1949 (de DIH), y como tal es un crimen de guerra<sup>128</sup>. De esta manera se observa cómo se configura la interconexión normativa entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional.

En relación con la violencia contra la mujer, puedo afirmar que existe una interconexión normativa entre la Convención de Belén do Para y el ER cuando esta Convención establece qué se entiende por violencia contra la mujer: “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer”, y las graves manifestaciones

---

<sup>126</sup> CIDH, Informe de admisibilidad y fondo N° 5/96, Caso 10.970. Raquel Martín Mejía (Perú), marzo 1° de 1996. En el cual la CIDH “estableció que la violación podría constituir una forma de tortura cuando: «produce un sufrimiento físico y mental en la víctima»”, en *Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado interno en Colombia*, Washington, 2006, p. 20.

<sup>127</sup> ER, artículo 7, numeral 1, literal f) Tortura y numeral 1, literal i) Desaparición Forzada.

<sup>128</sup> ER, artículo 8, numeral 2, ii).



de esta clase de violencia como la violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada constituyen crímenes de lesa humanidad<sup>129</sup> y crímenes de guerra<sup>130</sup> en el ER.

Las citadas normas, además de interconectarse entre sí, hacen parte del Orden Público Internacional que según MANUEL BECERRA RAMÍREZ “(...) comprenden las normas de derechos humanos, derecho humanitario internacional y Derecho Penal Internacional; [son] normas que limitan la voluntad de los Estados”<sup>131</sup>. Por tanto, regreso de nuevo al escenario de las ONU para ocuparme de esta disciplina y luego del DPI.

## **7. DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO DURANTE LA GUERRA FRÍA**

Recordemos que la AGNU adoptó los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, que tienen normas comunes, a saber: el artículo 2 relacionado con los conflictos armados internacionales, y el artículo 3 Común que contiene disposiciones específicas reguladoras de los conflictos armados internos.

El 8 de junio de 1977 en Ginebra la AGNU llevó a cabo una Conferencia Diplomática, y los Estados adoptaron dos Protocolos Adicionales a los Cuatro Convenios. El Protocolo I relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (en adelante CAI), y el Protocolo II relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacionales (en adelante CANI)<sup>132</sup>, prefiero la denominación de conflictos armados internos. Colombia es Estado Parte en estos Protocolos<sup>133</sup>.

---

<sup>129</sup> ER, artículo 7, numeral 1, literal g).

<sup>130</sup> ER, artículo 8, numeral 2, literal b), xxii), literal e), vi).

<sup>131</sup> BECERRA RAMÍREZ, *Las fuentes contemporáneas del Derecho Internacional*, ob. cit., pp. 46, 67 y 145. El autor en obras anteriores se había referido al Orden Público Internacional. Véase “El control de la aplicación del derecho internacional, en el marco del Estado de Derecho”, 2013, p. 33. “La recepción del Derecho internacional en el derecho interno”, 2ª ed., 2012, p. 59, del mismo sello editorial.

<sup>132</sup> COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, *Servicio de asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario: ¿Qué es el Derecho Internacional Humanitario?* Disponible en: <http://www.icrc.org/web/spa/sitespaO.nsf>.

<sup>133</sup> El Protocolo I se ratificó el 16 de diciembre de 1994, y en vigor desde el 1º de marzo de 1994, y el Protocolo II se ratificó el 14 de agosto de 1995 y en vigor desde el 15 de febrero de 1996. Mediante Ley 171 de 1994 se aprobó el Protocolo II. La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-225 de mayo 18 de 1995, declaró constitucional el Protocolo II y la Ley 171.

Resalto los contenidos esenciales del Protocolo II Adicional para verificar el ámbito de protección de las víctimas de los conflictos y la protección de sus derechos. En efecto, la insuficiencia del artículo 3 Común a los cuatro Convenios generó la adopción del Protocolo II, que viene a desarrollar y completar dicho artículo 3 Común (en adelante artículo 3 Común).

El Protocolo II dedica seis artículos a la protección de la *población civil*. El artículo 6 se titula *diligencias penales* y comienza expresando lo siguiente: “1. El presente artículo se aplicará al enjuiciamiento y a la sanción de infracciones penales cometidas en relación con el conflicto armado”. Además, trata de las amnistías (art. 6.5.) que explicaré a continuación.

### 7.1. PROTOCOLO ADICIONAL II Y LAS AMNISTÍAS

El artículo 6 del Protocolo II trata de las *diligencias penales* (entiéndase garantías sustantivas y procesales penales<sup>134</sup>). En el numeral 5 se estableció lo siguiente:

“A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder **la amnistía más amplia posible** a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de la libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado” (resaltado en negrillas y cursivas fuera del texto).

Los Estados Parte en los Convenios de Ginebra y en los Protocolos tienen la obligación de adoptar medidas necesarias para investigar y enjuiciar los crímenes de guerra y, además, podrían adoptar amnistías<sup>135</sup> e indultos<sup>136</sup> con el

---

<sup>134</sup> Aplicables a personas que participaron en las hostilidades y que están privadas de la libertad y que serán enjuiciadas y podrían ser sancionadas por infracciones cometidas con ocasión del conflicto armado interno; véase SUÁREZ LEOZ, ob. cit., p. 986.

<sup>135</sup> “En el derecho internacional no existe una definición jurídica de amnistía, pero puede ser entendida como como un acto legislativo, ejecutivo o constitucional por el cual la investigación o el procesamiento penales de una persona, un grupo o clase de personas y/o ciertos delitos son anticipada o retroactivamente bloqueados, y cualquier eventual sanción anulada. En dichos casos, la amnistía puede detener juicios inminentes o en curso, anular condenas ya dictadas y/o levantar sentencias ya impuestas”. ICRC, *Amnistías y Derecho Internacional Humanitario: objetivo y ámbito de aplicación*, Madrid, 2007, p. 1. Al desarrollar este tema seguiré esta publicación.

<sup>136</sup> “El indulto ocurre después del enjuiciamiento y revoca la pena sin absolver a la (s) persona(s) en cuestión de la responsabilidad del delito”, ICRC, ob. cit., p. 1.

fin de lograr la paz. “El término «amnistía» se deriva de la palabra griega «*ammestia*», que significa olvido”<sup>137</sup>.

Según el DIH consuetudinario tanto en los CAI como en los CANI se estableció el deber de los Estados de investigar y, si procede, enjuiciar a todos los responsables de todos los crímenes de guerra<sup>138</sup>. Según la Norma 158 excluye de las amnistías a las personas que han cometido crímenes de guerra o que estén condenadas por este crimen.

“La amnistía o cualquier otra medida que de hecho impida cualquier investigación, no puede extenderse a los sospechosos de haber cometido crímenes de guerra. *Esto sería incompatible con la obligación de los Estados de investigar y, si procede, enjuiciar a los presuntos culpables*”<sup>139</sup>.

Según la jurisprudencia interamericana, las leyes de amnistía que obstaculizan el deber de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar los crímenes de guerra y de lesa humanidad, no están contempladas por el artículo 6.5.<sup>140</sup> para el cumplimiento de dicho deber. Al respecto, la Corte se ha referido en su *jurisprudencia constante* sobre “la prohibición de otorgar amnistías u otras eximentes de responsabilidad ante graves violaciones a los derechos humanos”<sup>141</sup> por ejemplo, podría ser *la renuncia a la persecución penal*. Al finalizar el presente capítulo explicaré esta excluyente de responsabilidad penal.

## 7.2. INFRACCIONES GRAVES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Según MYREYA CASTILLO DAUDÍ y SERGIO SALINAS ALCEGA: “(...) los principales tratados de Derecho Internacional Humanitario definen las «infracciones graves» a cada uno de ellos. Así sucede: a) en el Convenio I de Ginebra (artículo 50);

---

<sup>137</sup> Cfr. SCHARF, ob. cit., p. 122.

<sup>138</sup> Véase Norma 158.

<sup>139</sup> ICRC, ob. cit., p. 2.

<sup>140</sup> Corte IDH, caso Masacre El Mozote y lugares aledaños contra El Salvador, Sentencia de octubre 25 de 2012, párrs. 286 y 297.

<sup>141</sup> Corte IDH, Resolución de agosto 31 de 2017, de supervisión de cumplimiento de sentencia de octubre 25 de 2012, en el caso Masacre El Mozote y lugares aledaños contra El Salvador, ob. cit., párr. 17. Adelante explicaré la construcción de la jurisprudencia *constante*.

b)<sup>142</sup> en el Convenio II de Ginebra (artículo 51); c) en el Convenio III de Ginebra (artículo 130); d) en el Convenio IV de Ginebra (artículo 147), y e) en el Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra (artículos 11 y 85)”<sup>143</sup>.

Existe un amplio consenso de que, al menos, el genocidio, los crímenes de lesa de humanidad, las infracciones graves a los cuatro Convenios de Ginebra y al Protocolo Adicional I y la tortura son crímenes internacionales de *ius cogens*<sup>144</sup>.

En efecto, el Protocolo I Adicional a los cuatro Convenios el artículo 85 se titula *Represión de las infracciones del presente protocolo* que expresa lo siguiente: “Sin perjuicio de la aplicación de los Convenios y del presente Protocolo *las infracciones graves de dichos instrumentos se considerarán crímenes de guerra*”, como lo explicaré adelante (resaltado fuera del texto).

¿Cuáles son las conductas *prohibidas* en el artículo 4 del Protocolo II? El numeral 2 dice, así: “(...) están y quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar con respecto a todas las personas que no participen o hayan dejado de participar en las hostilidades, estén o no privadas de la libertad” los actos o las conductas descritas en los literales a) al h). El numeral 3 del citado artículo 4 enumera en cinco literales las reglas para proteger a los niños menores de 15 años, en el marco de los conflictos armados internos, en especial el literal c)<sup>145</sup>. Reclutar estos niños constituyen “violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional”, que se tipifican como crímenes de guerra atribuibles a “las fuerzas armadas o grupos”, según el artículo 8, numeral 2, literal e) vii) del ER<sup>146</sup>. Volveré sobre el tema.

¿Cuáles serían las consecuencias de las violaciones graves a dichas normas de *ius cogens*? Que se configurarían los crímenes de guerra, por tanto se le exigiría

---

<sup>143</sup> CASTILLO DAUDÍ y SALINAS ALCEGA, ob. cit., pp. 35 a 39.

<sup>144</sup> Cfr., OLASOLO ALONSO, Derecho Internacional Penal, justicia transicional y delitos transnacionales: dilemas políticos y normativos, ob. cit., pp. 104, 105 y 175.

<sup>145</sup> “c) los niños menores de 15 años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades”.

<sup>146</sup> La ex-guerrillera de las FARC-EP, Sandra Ramírez, en una entrevista al Diario El Nuevo Siglo, afirmó: “(...) no teníamos una política de reclutamiento de menores”, Bogotá, julio 25 de 2020, p. 8. En mi concepto, los guerrilleros que no aporten verdad no serán acreedores a los beneficios de las sanciones propias de 5 a 8 años sin cárcel, en el marco de la justicia transicional colombiana.

a los Estados el cumplimiento del deber internacional de investigar, juzgar y sancionar “los crímenes internacionales [con] estatus de *ius cogens*”<sup>147</sup>; deber internacional que explicaré a continuación.

### **7.3. EL DEBER DE ADOPTAR MEDIDAS LEGISLATIVAS PARA TIPIFICAR LAS INFRACCIONES GRAVES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y EL DEBER DE INVESTIGAR, JUZGAR Y SANCIONAR**

“En los tratados de Derecho Internacional Humanitario las penas no están determinadas, sino que son los Estados Parte los que asumen la obligación de fijarlas en su Derecho interno (...) para aplicarse a las personas que hayan cometido o dado orden de cometer las «infracciones graves» enunciadas en cada uno de los Convenios”<sup>148</sup>.

A su vez, los cuatro Convenios de Ginebra tienen una *norma común*<sup>149</sup> que contiene implícitamente el deber internacional de investigar, juzgar y sancionar en: Convenio I (artículo 49), Convenio II (artículo 50), Convenio III (artículo 129), el Convenio IV (artículo 146).

“De esta manera, además de establecerse expresamente la responsabilidad internacional penal por el delito de genocidio y los crímenes de guerra resultantes de las infracciones graves a los IV Convenios de Ginebra y al Protocolo Adicional I, se regulaban las obligaciones de los Estados de investigar, enjuiciar y sancionar a sus responsables”<sup>150</sup>.

¿Y el deber de investigar, juzgar y sancionar en las normas de los Convenios de Ginebra? “Sin embargo, estas disposiciones únicamente se refieren a las

---

<sup>147</sup> Cfr. OLLÉ SESÉ, *Crimen internacional y jurisdicción penal nacional: De la justicia universal a la jurisdicción penal interestatal*, ob. cit., p. 101.

<sup>148</sup> CASTILLO DAUDÍ y SALINAS ALCEGA, ob. cit., pp. 39 y 40.

<sup>149</sup> “Las Altas Partes contratantes se comprometen a tomar todas las *medidas legislativas* necesarias para fijar las **sanciones penales** (...). Cada una de las Partes contratantes tendrá la *obligación de buscar las personas acusadas* (...), *debiendo hacerlas comparecer ante los propios tribunales* de ella” (resaltado fuera del texto). Es evidente que la normativa procesal obliga a los Estados a adelantar un proceso penal con las fases procesales de *investigación, juzgamiento y sanción*.

<sup>150</sup> OLASOLO ALONSO, *Derecho Internacional Penal, justicia transicional y delitos transnacionales: dilemas políticos y normativos*, ob. cit., p. 104.

infracciones cometidas en conflictos armados internacionales”<sup>151</sup>, lo cual no exime a los Estados del deber de investigar, juzgar y sancionar las infracciones graves al DIH en los conflictos armados internos tipificadas como crímenes internacionales con estatus *de ius cogens* en el Estatuto de Roma como adelante lo argumentaré.

A continuación, me ocuparé concretamente de estos crímenes con el fin de demostrar que la norma constitucional creadora de la *renuncia a la persecución penal* para agentes del Estado<sup>152</sup> es manifiestamente incompatible con el Estatuto de Roma, apoyándome en Informes de la Fiscal de la Corte Penal Internacional y la doctrina del Derecho Penal Internacional.

## 8. EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

“El Derecho Penal Internacional es uno de los mecanismos, el más severo, del sistema de eficacia del Derecho Internacional Humanitario (...); [e]l DIH impone obligaciones a los Estados y establece su responsabilidad internacional en caso de incumplimiento [y] el DPI impone responsabilidad penal a los individuos”<sup>153</sup>.

Finalizada la Guerra Fría<sup>154</sup> el terreno quedó abonado para la creación de una Corte Penal Internacional. En efecto, “la catástrofe de la segunda guerra mundial ayudó a la progresión tanto del Derecho Penal Internacional como de la protección de los derechos humanos”<sup>155</sup>.

Así se va consolidando el *Derecho Penal Internacional*, el cual: “(...) constituye la última etapa de un proceso evolutivo que empezó con la fase *declarativa* de los derechos humanos, siguió con la *prohibición* expresa de su violación y culminó con su *criminalización* de los ilícitos de carácter estrictamente

---

<sup>151</sup> UPRIMNY YEPES y otros, ob. cit., p. 32.

<sup>152</sup> El Acto Legislativo 01 de 2012, el denominado Marco Jurídico para la Paz.

<sup>153</sup> GIL GIL y MACULAN, “Qué es el Derecho Penal Internacional”, en la obra colectiva *Derecho Penal Internacional*, ob. cit., pp. 42 y 43.

<sup>154</sup> Con la caída del muro de Berlín –10 de noviembre de 1989–, se desarticula el bloque socialista simbolizando la desintegración de la URSS.

<sup>155</sup> WERLE GERHARD, *Tratado de derecho penal internacional*, 2ª ed., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia (España), 2011, pp. 95, 98, 105 y 106.

internacional”<sup>156</sup>. “Reacciona ante las lesiones masivas de los derechos humanos fundamentales”<sup>157</sup>.

Obsérvese una interconexión entre el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional, por tanto los hechos ilícitos que caractericen las “graves violaciones de derechos humanos y a la vez crímenes internacionales coexisten como dos caras de la misma moneda”<sup>158</sup> y generan distintas responsabilidades; en la primera responsabilidad internacional del Estado y en la segunda responsabilidad penal internacional del individuo; en la primera se trata de la responsabilidad objetiva y en la segunda una responsabilidad internacional subjetiva. Por tanto, el Estado debe investigar, juzgar y sancionar a todos los responsables de crímenes internacionales; tema que a continuación estudiaré.

## 8.1. CONCEPTO

“El Derecho Penal Internacional protege «la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad» como los bienes jurídicos más importantes de la comunidad internacional”<sup>159</sup>.

OLLÉ SESÉ afirma que “los crímenes internacionales más graves asumen el estatus o carácter de *ius cogens*”<sup>160</sup>, argumentación que se expondrá adelante.

Como lo anuncié anteriormente, me ocuparé brevemente de algunos de los *crímenes internacionales* con estatus de *ius cogens*, concretamente de los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra tipificados en el ER, con particular énfasis a la violencia sexual perpetrada por la guerrilla de las FARC-EP y agentes del Estado con las ejecuciones extra-judiciales (los llamados comúnmente los “falsos positivos”) atribuidos a estos garantes de los derechos humanos.

---

<sup>156</sup> AMATI, E y otras, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Torino (Italia), Gliappichelli, 2016 (en prensa).

<sup>157</sup> WERLE, ob. cit., pp. 95, 98, 105 y 106.

<sup>158</sup> Cfr., MACULAN, Los crímenes internacionales en la jurisprudencia latinoamericana, ob. cit., p. 46.

<sup>159</sup> WERLE, ob. cit., p. 82.

<sup>160</sup> OLLÉ SESÉ, *Crimen internacional y jurisdicción penal nacional: De la justicia universal a la jurisdicción penal interestatal*, ob. cit., p. 101.

## 8.2. ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

En la Conferencia de Estados Miembros de la ONU, celebrada en Roma el 17 de julio de 1998, fue adoptado y firmado el ER, el cual entró en vigor el 1° de julio de 2002. Han ratificado el ER 124 Estados.

“La Fiscalía es un órgano independiente de la CPI, completamente separado de la Secretaría y de los magistrados de la Corte”<sup>161</sup>, órgano que podrá adelantar un *examen preliminar* contra un Estado Parte.

La CPI entre sus competencias ejerce la competencia *ratione materiae*, que se limita “a los crímenes más graves de transcendencia para la comunidad internacional en su conjunto”, según el artículo 5 del ER, y que enumero en el siguiente orden: crimen de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, y crimen de agresión (artículos 6 a 8)<sup>162</sup>. La Asamblea de Estados Parte en el ER aprobó los Elementos de dichos crímenes (2002).

El Estado colombiano se convirtió en Parte en el Estatuto de la Corte Penal Internacional<sup>163</sup>.

Por consiguiente, el Estado está sometido a la competencia de la CPI<sup>164</sup>, la cual “forma parte integral del sistema judicial de Colombia”<sup>165</sup>. “Como Estado Parte del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Colombia ha reconocido que los crímenes más graves constituyen una amenaza a la paz, la seguridad y el bienestar general del mundo”<sup>166</sup>.

---

<sup>161</sup> STEWART, *La Justicia Transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional*, conferencia dictada el 13 de mayo de 2015, en la Universidad del Rosario, Bogotá (Colombia), p. 2.

<sup>162</sup> Me referiré a los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra porque a ellos se circunscribe la Fiscalía de la CPI en los “Informes sobre las actividades de Examen Preliminar de la Situación en Colombia” calificándolos de “crímenes que han adquirido el estatus de derecho imperativo (*ius cogens*) en el Derecho internacional”.

<sup>163</sup> Depósito del instrumento internacional de ratificación del 5 de agosto de 2002.

<sup>164</sup> La Corte Penal Internacional tiene competencia en relación con los crímenes de lesa humanidad y genocidio cometidos en el territorio colombiano o por sus nacionales, a partir del 1° de noviembre de 2002 y, además, tiene competencia respecto de los crímenes de guerra cometidos en Colombia desde 1° de noviembre de 2009, porque el Estado hizo una Declaración de conformidad con el artículo 124 del ER.

<sup>165</sup> STEWART, *La Justicia Transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional*, ob. cit., p. 6.

<sup>166</sup> Declaración de la Fiscalía de la CPI, Fatuo Bensouda, sobre la conclusión de las negociaciones de paz entre el Gobierno de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, Ejército del Pueblo, septiembre 1° de 2016, p. 1.



### 8.3. PREÁMBULO DEL ESTATUTO DE ROMA

Destaco del Preámbulo del Estatuto de Roma los siguientes párrafos:

“*Reconociendo* que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la **paz**, la **seguridad** y el **bienestar** de la humanidad”.

*Afirmando* que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto **no deben quedar sin castigo** (...) y para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia”<sup>167</sup>.

“*Decididos* a poner fin a la impunidad **de los autores de esos crímenes** y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes”.

“Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal **contra los responsables** de crímenes internacionales” (subrayado y resaltado en negrillas fuera del texto).

El Preámbulo del ER no hace distinción entre “máximos responsables” y los que se califican “como no máximos responsables”, claramente se refiere a los autores de esos crímenes, esto es, a *todos los responsables*; por tanto el objeto y fin del tratado es enjuiciar y castigar a *todos los responsables* de dichos *graves crímenes* con estatus de *ius cogens* para poner fin a la impunidad, por lo cual no serían compatibles las eximentes de responsabilidad penal (como por ejemplo, la *renuncia a la persecución penal*) con el ER, como lo trataré de demostrar adelante con los Informes de la Fiscal de la CPI, la jurisprudencia y la doctrina. La doctrina comenta el alcance del Preámbulo de la siguiente manera:

“Proclamación que se proyecta directamente, por un lado, con las obligaciones de todos los Estados de **investigar, enjuiciar y, si es el caso, de sancionar y de ejecutar la pena**, según el Derecho internacional; y, por otro, con el deber de

---

<sup>167</sup> “Esta previsión se interpreta a menudo como la consolidación de la obligación internacional de persecución y castigo: H. OLÁSOLLO y P. GALAIN PALERMO, *Los desafíos del Derecho internacional penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 99”, cita de Maculan, ob. cit., p. 75.

garantía de los Estados o de asegurar el derecho a un recurso efectivo a las víctimas de las violaciones de Derechos Humanos constitutivas de crímenes internacionales (...)”<sup>168</sup> (negritas fuera del texto).

“El lenguaje del Preámbulo es importante porque el derecho internacional dispone que «[u]n tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos teniendo en cuenta su objeto y fin»”<sup>169</sup>.

Además, preceptúa el Preámbulo: “*Destacando que* la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales”. De este texto se desprende el principio de complementariedad establecido en el artículo 17 del ER. Según SALVATORE ZAPPALÁ, “(...) La Corte puede intervenir solo en caso de que las autoridades judiciales nacionales no actúen o no lo hagan de modo adecuado”<sup>170</sup>.

#### 8.4. CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

“Se entenderá por «crimen de lesa humanidad» cualquiera de los actos<sup>171</sup> siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistematizado contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”. Como lo anuncié, brevemente resaltaré como crímenes de lesa humanidad únicamente el asesinato y los siguientes actos: “Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada, o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable”.

De esta forma termino con los crímenes de lesa humanidad y continúo con los *crímenes de guerra*.

---

<sup>168</sup> OLLÉ SESÉ, *Crimen internacional y jurisdicción penal nacional: De la justicia universal a la jurisdicción penal interestatal*, ob. cit., p. 124.

<sup>169</sup> SHARF, “La excepción de amnistía en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional”, en la obra colectiva *¿Son compatibles las amnistías y la Corte Penal Internacional?* ob. cit., p. 147.

<sup>170</sup> ZAPPALÁ, ob. cit., pp. 184, 185 y 186.

<sup>171</sup> El artículo 7 del ER define el crimen de lesa humanidad y enumera taxativamente once (11) modalidades de **actos**, entre otros: asesinato (...) **violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada, o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable** (...). La realización de cualesquier acto anteriormente enumerado constituye crimen de lesa humanidad (negritas fuera del texto).

## 8.5. CRÍMENES DE GUERRA

“La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política, o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes” (art.8.1.).

Hay que precisar que “las conductas que componen el *crimen de guerra* han de cometerse en el marco de un conflicto armado, trascienda o no las fronteras del territorio en guerra”<sup>172</sup>.

La Fiscalía de la CPI calificó jurídicamente el conflicto armado interno “entre grupos armados, es decir, las FARC y el ELN y el Gobierno de Colombia”<sup>173</sup>.

¿En el extenso contenido normativo del artículo 8 cómo se clasifican las distintas tipificaciones de los crímenes de guerra?

“Las tipicidades concretas de la criminalidad de guerra se ordenan sistemáticamente, agrupándolas en *cuatro categorías*, que se recogen en los distintos apartados en que aparece internamente dividido el párrafo 2 del artículo 8, siendo las dos primeras relativas a los crímenes de guerra cometidos en el curso de conflictos armados internacionales y las otras dos a los perpetrados con ocasión de conflictos armados sin carácter internacional”<sup>174</sup>.

Con base en la precitada clasificación, selecciono y resalto en negrillas los textos que se relacionan con crímenes de guerra cometidos en el marco de un conflicto armado interno (categorías 3 y 4), con la siguiente gráfica<sup>175</sup>.

---

<sup>172</sup> LIÑAN LAFUENTE, ALFREDO, *El Crimen contra la Humanidad*, Editorial Dykinson, Madrid, 2015, p. 137. LIÑAN LAFUENTE, “Los crímenes de guerra”, ob. cit., p. 394.

<sup>173</sup> FISCAL DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Informe Preliminar sobre la Situación de Colombia*, 2012, párr. 128.

<sup>174</sup> PIGNATELLI y MECA, en la obra colectiva *Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., p. 1111; también merece atención la clasificación de ABRAHAM MARTÍNEZ ALCÁÑIZ, “Jurisdicción universal y crímenes de guerra”, en la obra colectiva *Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., pp. 1240, 1245 y 1246.

<sup>175</sup> Gráfica de la autoría de LIÑAN LAFUENTE, “Los crímenes de guerra”, en la obra colectiva *Derecho Penal Internacional*, ob. cit., pp. 452 y 461.

<b>Art. 8.2. a) Violaciones graves de los convenios de Ginebra 1949</b>	<b>Art. 8.2.c) Violaciones graves del art. 3 de los Convenios de Ginebra de 1949</b>
Homicidio intencional.	Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura.
<b>Violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales. Art. 8.2.b)</b>	<b>Violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional. Art. 8.2.e)</b>
Matar o herir a traición a personas pertenecientes a la nación o al ejército enemigo.	Matar o herir a traición a un combatiente adversario.
Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra.	Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra.

Por otra parte, los *actos* que se enumeran en el literal c) del artículo 8 del ER corresponden a las cuatro **prohibiciones** que establece el artículo 3 Común, y al realizarse los *actos* se tipificarían los crímenes que han adquirido el estatus de *ius cogens*.

Llama la atención que en la enumeración de los crímenes internacionales que contempla el ER no se hayan tipificadas las denominadas ejecuciones extrajudiciales<sup>176</sup> (los denominados “falsos positivos” en Colombia).

<sup>176</sup> “Las ejecuciones extrajudiciales o selectivas, sin juicio previo, son ataques letales contra las personas no combatientes (o en poder de la parte adversa), que se dirigen por el Estado o la Parte no estatal en un conflicto armado no internacional (...)”, RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, “Ataques letales selectivos y ejecuciones extrajudiciales” en la obra colectiva *Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., pp. 810 y 811.

### **a) Crímenes internacionales de “*ius cogens*” y obligaciones “*erga omnes*”**

Bajo este título OLLÉ SESÉ afirma que “los crímenes internacionales más graves asumen el estatus o carácter de *ius cogens*. Los crímenes de naturaleza de *ius cogens* acarrean obligaciones derivadas precisamente de la propia naturaleza del crimen (*ius cogens*), que se denominan esencialmente por su imperatividad, *erga omnes*, porque obligan a todos los Estados a su observancia y ejecución. Estas obligaciones –que en definitiva **buscan la realización de la justicia**– en el ámbito del DPI en materia de crímenes internacionales de *ius cogens*, se traducen en: (i) la obligación de investigarlos y enjuiciarlos de forma eficaz, por los tribunales nacionales. Por tanto, la persecución de los crímenes internacionales es una obligación *erga omnes* derivada del propio estatuto de *ius cogens* inherente a esta categoría de crímenes”<sup>177</sup> (lo resaltado en negrillas fuera del texto).

Voy considerando y trataré de demostrar que la norma constitucional creadora de la *renuncia a la persecución penal* para los agentes del Estado es manifiestamente incompatible con el ER, que tipifica los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra y, por ende, es inconvencional; por tanto, la Jurisdicción Especial para la Paz tiene la obligación *erga omnes* de perseguir y sancionar a todos los agentes del Estado responsables de crímenes internacionales con estatus de *ius cogens* a fin de obtener la realización de la justicia.

### **b) Violación y otras formas de violencia sexual<sup>178</sup>**

Del ER selecciono los crímenes de violencia sexual bajo el examen de la Situación en Colombia por parte de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional.

---

<sup>177</sup> OLLÉ SESÉ, *Crimen internacional y jurisdicción penal nacional: De la justicia universal a la jurisdicción penal interestatal*, ob. cit., pp. 101, 114 y 115.

<sup>178</sup> Otras formas según el ER son las siguientes: esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado o esterilización forzada. La denominación que aparece en el título es la utilizada por la Fiscal de la CPI en sus Informes.

“En el ER, los actos de violencia sexual se encuentran expresamente tipificados como crímenes de guerra en el art. 8.2.b) xxii) para los conflictos armados internacionales y en art. 8.2.e) vi), para los conflictos armados internos”<sup>179</sup>.

## **9. LA FISCALÍA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LA SITUACIÓN EN COLOMBIA EN EL MARCO DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO**

A continuación, examinaré las siguientes decisiones y pronunciamientos de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional.

### **9.1. EXAMEN PRELIMINAR DE LA SITUACIÓN EN EL 2004**

La Fiscalía de la CPI desde junio de 2004 ha venido haciendo un *Examen Preliminar* de la Situación<sup>180</sup> en Colombia<sup>181</sup>, porque había recibido 114 *comunicaciones* para dicha época<sup>182</sup>.

El 2 de marzo de 2005 el Fiscal informó al Gobierno de Colombia que había recibido información sobre presuntos crímenes cometidos, que podrían ser de competencia de la Corte<sup>183</sup>.

### **9.2. REPORTE INTERMEDIO EN LA SITUACIÓN EN 2012**

En noviembre de 2012 la Fiscalía de la CPI emitió el Reporte Intermedio en la Situación en Colombia, y en él analizó la *violación y otras formas de violación sexual* atribuibles a actores no estatales<sup>184</sup> (FARC, ELN y paramilitares), y actores estatales<sup>185</sup> por los siguientes crímenes de lesa humanidad y de guerra, a saber:

---

<sup>179</sup> LIÑAN LAFUENTE, “Los crímenes de guerra”, en la obra colectiva *Derecho Penal Internacional* (GIL GIL, ALICIA y MACULAN, ELENA directoras), ob. cit., p. 115.

<sup>180</sup> “*Situación* hace referencia a la alegación de una serie de hechos que se encuentran incardinados en un conjunto de circunstancias, como, por ejemplo, una guerra. El propósito del Fiscal será averiguar qué crímenes se han cometido y quién los ha cometido”, BELTRÁN MONTOLIÚ, ANA, “El Proceso ante la Corte Penal Internacional”, en la obra colectiva *Derecho Penal Internacional* (GIL GIL y MACULAN), ob. cit., p. 436.

<sup>181</sup> FISCALÍA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Situación en Colombia*, Reporte Intermedio, noviembre de 2012.

<sup>182</sup> A diciembre de 2018 ha recibido 229 comunicaciones.

<sup>183</sup> FISCALÍA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, Reporte Intermedio de 2012, p. 2.

<sup>184</sup> Párrs. 132 y siguientes.

<sup>185</sup> Párrs. 148 y siguientes.

## **a) Crímenes de lesa humanidad**

“Se ha responsabilizado a Las FARC, al ELN y a grupos paramilitares de la comisión de varias formas de violencia sexual, entre ellas violaciones; torturas y mutilación sexual; prostitución forzada y esclavitud sexual y otras formas de violencia sexual. Entre las víctimas de violencia sexual se encuentran mujeres y niñas reclutadas forzosamente”<sup>186</sup>. “El primer informe de OXFAM sobre violencia sexual reveló que desde el 2001 hasta el 2009 al menos 12.809 mujeres fueron víctimas de violaciones cometidas por miembros de [los citados] grupos armados”<sup>187</sup>, que arrojan las siguientes estadísticas: al menos 4.415 mujeres fueron víctimas de embarazos forzosos; 1.810 de abortos forzosos, y 8.166 de acoso sexual<sup>188</sup>.

Se resalta por su gravedad las torturas y la mutilación sexual.

## **b) Crímenes de guerra**

Se responsabiliza a las FARC y al ELN, en el período comprendido entre diciembre de 2010 y noviembre de 2011, de actos de violaciones, torturas y humillaciones sexuales, mutilaciones, desnudez forzada, prostitución forzada y esclavitud sexual, contracepción forzada y abortos forzosos, todos cometidos en el contexto del conflicto armado interno<sup>189</sup>. Durante este período son muchos los casos que revisten gravedad<sup>190</sup>.

En el marco de la Ley de Justicia y Paz<sup>191</sup> la Fiscalía evidencia la ausencia de confesiones por estos crímenes:

---

<sup>186</sup> FISCALÍA de la CPI, Reporte Intermedio de 2012, párrs. 78 y 79.

<sup>187</sup> *Ibidem*, párr. 83.

<sup>188</sup> *Ibidem*, párr. 91.

<sup>189</sup> *Ibidem*, párr. 143.

<sup>190</sup> La Fiscalía de la CPI destaca el caso de un subteniente del ejército que violó sexualmente, asesinó y sepultó los cadáveres de tres niñas en una fosa común a pocos metros del batallón.

<sup>191</sup> La Ley 975 de 2005, por medio de la cual se estableció la justicia transicional para los paramilitares desmovilizados. “Hasta el momento, los Tribunales han emitido 68 sentencias condenatorias contra 588 ex-paramilitares. En total, se los condena por 9.928 hechos que dejaron 38.426 víctimas. El total de condenados es el 1,8% de los desmovilizados. Entre tanto, hay 81.723 hechos en proceso judicial, es decir, sin sentencia, cometidos contra 154.370 víctimas”, *Deudas y aciertos de Justicia y Paz, tras 15 años de su nacimiento*, Diario El Tiempo, Bogotá, julio 26 de 2020, p. 1.9. Se trata de un fracaso transicional de la justicia.

“A fines de 2008, en el marco de la LJP se habían mencionado 15 delitos de violencia sexual en audiencias de versión libre, pero tan solo se habían confesado cuatro, de un total de 18.431 crímenes mencionados durante las audiencias y 4.678 confesados. Hasta marzo de 2012, se habían confesado 79 casos de violencia sexual en el marco de la LJP de un total de 26.026 confesiones hechas por antiguos miembros de grupos paramilitares”<sup>192</sup>.

Son preocupantes las estadísticas, porque sin confesiones la ausencia de pruebas impediría conocer la *verdad* de los hechos acerca de los crímenes internacionales (violencia sexual) de *ius cogens*, lo que abriría la brecha a la impunidad a todos los responsables<sup>193</sup>.

Finalizo esta parte con una recomendación de la Fiscalía de la CPI: “En consecuencia, la Fiscalía alienta a las autoridades colombianas a dar prioridad a la investigación y el procesamiento de crímenes de violencia sexual”<sup>194</sup>.

Además, la Fiscalía se refiere a otros temas:

**a’ Agentes del Estado como máximos responsables sin investigar, juzgar y sancionar.** “En conclusión, aunque numerosos miembros de las fuerzas armadas han sido investigados y se han producido sentencias y penas de prisión, las actuaciones judiciales no se han centrado en determinar la responsabilidad de mandos superiores por la comisión de estos crímenes”<sup>195</sup>. Luego agrega: “(...) la mayoría de los procedimientos existentes no se ha centrado en quienes podrían ser los máximos responsables de esos crímenes”<sup>196</sup>.

En otras palabras, agentes del Estado como “*máximos responsables*” a la fecha del Reporte Intermedio de la Fiscalía aún no se habían investigado, lo que significa que dichos casos están en la impunidad con el riesgo de que la CPI

---

<sup>192</sup> FISCALÍA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, Reporte Intermedio de 2012, párr. 217.

<sup>193</sup> Véase entrevista del Magistrado Alejandro Valencia Villa de la Comisión de la Verdad de la JEP. “*Los comparecientes no están comprometidos con la verdad*”, Diario El Espectador, 16 de febrero de 2020, p. 11.

<sup>194</sup> FISCALÍA Reporte de 2012, párr. 219.

<sup>195</sup> *Ibidem*, párr. 196.

<sup>196</sup> *Ibidem*, párr. 220.



active su competencia complementaria, así como también presenta observaciones en relación con lo siguiente.

**b' Mecanismos procesales constitucionales de priorización y selección de casos.** En dicho Reporte Intermedio la Fiscalía destaca la aprobación por el Congreso de Colombia de la reforma constitucional conocida como el Marco Jurídico para la Paz, en el cual se crearon los mecanismos de *priorización y selección* de casos con el fin de centrarse en los máximos responsables de los crímenes más graves, estableciendo además la *renuncia condicionada a la persecución judicial penal* de todos los casos no seleccionados<sup>197</sup>, entre otros beneficios penales para los agentes del Estado.

La Fiscalía de la CPI presenta observaciones a los citados mecanismos constitucionales: “la estrategia de centrarse en los máximos responsables de los crímenes puede dejar una brecha de impunidad”<sup>198</sup>. Por otra parte, la Fiscalía “vería con preocupación toda medida que pareciera diseñada para proteger u obstaculizar el establecimiento de la responsabilidad penal de personas por crímenes de competencia de la Corte [incluso] cuando se trata de infractores de rango aparentemente menor, las actuaciones en torno a la presunta comisión de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra deben garantizar el máximo nivel de conocimiento posible sobre los crímenes específicos cometidos por cada acusado”<sup>199</sup>. En otras palabras, se debe investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a *todos* los responsables, sean o no máximos responsables para cerrar la brecha de impunidad.

Luego agrega: “La Fiscalía examinará la cuestión de las sentencias de cada caso [y] determinará si en la aplicación de esas disposiciones (se refiere al MJP), se han realizado esfuerzos razonables por establecer la verdad acerca de los crímenes graves cometidos por cada acusado”<sup>200</sup>.

---

<sup>197</sup> *Ibídem*, párrs. 200 y 201.

<sup>198</sup> *Ibídem*, párr. 204.

<sup>199</sup> *Ibídem*, párr. 205.

<sup>200</sup> *Ibídem*, párr. 206.

### 9.3. INFORME SOBRE LAS ACTIVIDADES DE EXAMEN PRELIMINAR 2018

Los casos potenciales identificados por la Fiscalía se relacionan con las siguientes conductas que se denominan así.

#### a) Delitos sexuales y por motivos de género

“El 24 de agosto de 2018 la Fiscalía General de la Nación presentó dos informes a la JEP respecto de 1.080 casos de delitos sexuales y por motivos de género presuntamente cometidos por miembros de las fuerzas armadas y ex miembros de las FARC-EP que involucraban 1.246 víctimas con particular crueldad contra mujeres, menores, comunidades indígenas”<sup>201</sup>; también la Fiscalía colombiana vincula a 234 miembros de la Armada, la Fuerza Aérea y la Policía.

Además, la Fiscalía de CPI en su Informe 2018 resaltó “el caso N° 002 sobre Nariño, el caso N° 004 sobre Urabá, y el caso N° 005 sobre Norte de Cauca que abordan, entre otras cosas, los delitos sexuales y por motivos de género, en contextos de conflicto armado”<sup>202</sup>, cometidos por los miembros arriba señalados<sup>203</sup>. En especial la Fiscalía resalta el caso N° 005 sobre Norte del Cauca, por la gravedad de los crímenes sexuales<sup>204</sup>.

#### b) Los asesinatos<sup>205</sup> como falsos positivos<sup>206</sup>

En la primera parte del Reporte Intermedio en la *Situación en Colombia* (noviembre de 2012) enunciamos una modalidad de homicidio<sup>207</sup> cometido por agentes del Estado, comúnmente conocido como “falsos positivos” que amplio a

---

<sup>201</sup> FISCALÍA DE LA CPI, *Informe sobre las actividades de examen preliminar de 2018*, párrs. 148 y 149.

<sup>202</sup> *Ibidem*, párr. 150.

<sup>203</sup> Entre otros, estos son casos abiertos por la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) aplicando los mecanismos procesales constitucionales de *priorización* y *selección* de casos. En su oportunidad procesal se aplicará la *renuncia a la persecución penal* para agentes del Estado anteriormente mencionados, tema central que desarrollaré en los demás capítulos.

<sup>204</sup> *Ibidem*, párrs. 142 y 151.

<sup>205</sup> El artículo 7, en el numeral 1, en el literal a) enumera el “asesinato” como primer crimen de lesa humanidad.

<sup>206</sup> En la práctica los falsos positivos (crimen de homicidio) se caracterizan por dos elementos: el homicidio como tal y el engaño, esto es, fingir que el muerto era un combatiente cuando en realidad era un civil que no participaba en actos de hostilidad durante el conflicto armado interno.

<sup>207</sup> Como se expuso, en el numeral 2, literal a), i) art. 7 del ER se tipifica el “*homicidio intencional*” y en el literal c), i) del art. 8 “el *homicidio en todas sus formas*”.

continuación. La Fiscalía expresó que los “homicidios en casos de **falsos positivos** pueden constituir crímenes de guerra”<sup>208</sup> y que “estos crímenes parecen haber sido cometidos a gran escala y de forma sistemática en cumplimiento de una política de Estado o de una organización”<sup>209</sup>, para lo cual cita un caso en concreto<sup>210</sup>.

Según la Fiscalía, entre los presuntos *crímenes de lesa humanidad* cometidos por actores estatales se hallan los casos de falsos positivos-ejecuciones ilegales de civiles manipuladas por las fuerzas públicas para que parezcan bajas legítimas de guerrilleros o delincuentes ocurridas en combate, operando a veces con paramilitares y civiles; en algunos casos las ejecuciones estuvieron precedidas de detenciones arbitrarias, tortura y otras formas de malos tratos.

La información disponible indica que estos ataques fueron dirigidos contra civiles que residían en zonas alejadas (desempleados, indigentes y drogadictos). En algunos casos parece que los civiles también fueron seleccionados debido a sus actividades políticas, sociales y comunitarias (líderes comunitarios y sociales, indígenas, colaboradores o miembros de la guerrilla, menores, campesinos y discapacitados). Para localizar a sus víctimas, los autores recurrían con frecuencia a miembros de la policía o del ejército<sup>211</sup>.

Según la Fiscalía, dicha política tenía, entre otros fines del ejército colombiano, incrementar su tasa de éxito y obtener incentivos económicos. Existe fundamento razonable para creer que los actos descritos fueron cometidos de conformidad con una política adoptada, al menos a nivel de ciertas brigadas de las fuerzas armadas<sup>212</sup>.

---

<sup>208</sup> Como se anunció la CPI solo es competente en relación con estos crímenes de guerra cometidos en Colombia desde el 1° de noviembre de 2009.

<sup>209</sup> *Fiscalía de la Corte Penal Internacional, Situación en Colombia*, Reporte Intermedio, noviembre de 2012, párrs. 149 y 220, pp. 48 y 72.

<sup>210</sup> En agosto de 2010 miembros de la 23ª brigada móvil del ejército colombiano presuntamente mataron a un joven en el municipio de El Tarra, y colocaron armas a su lado y lo reportaron como insurgente muerto en combate, párrafo 149, pp. 48 y 49.

<sup>211</sup> La Fiscalía de la CPI invoca como fundamentos los Informes anuales 2006, 2007, 2008 y 2010 de la CIDH, respecto de Colombia.

<sup>212</sup> Véanse párrafos 92 a 95 del Informe de 2012.

En el Informe sobre las actividades de Examen Preliminar 2018 la Fiscalía retomó los casos de “falsos positivos” que venía observando desde el 2012, y que destaca de la siguiente forma.

El 17 de julio de 2018 la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y Determinación de los Hechos y Conductas de la JEP dictó el Auto por medio del cual se avocó el caso 003 denominado “Muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate por agentes del Estado” (“falsos positivos”)<sup>213</sup>.

En síntesis, la Fiscalía estima que en manos de la JEP está el caso 003 de “falsos positivos”, el que comprende una gran cantidad de hechos y víctimas; de ahí que también se le denomine “macrocaso”. Como *máximos responsables* algunos agentes del Estado aún no se han vinculado a las investigaciones, según la Fiscalía, aunque se hayan pronunciado sentencias contra autores calificados como *no máximos responsables*, lo que significa impunidad para algunos agentes “de alto rango” del Estado. Otros agentes han comparecido a la JEP como el general (r) Mario Montoya y sus declaraciones “son decepcionantes, clasistas, insultantes y poco contribuyen con la verdad”<sup>214</sup>. El General Henry Torres Escalante decía: “Estamos en guerra, los derechos humanos no existen cuando hay guerra”<sup>215</sup>. En opinión de la Fiscalía *todos* deben responder penalmente y “las víctimas tienen derecho a participar en todas las etapas del procedimiento”<sup>216</sup>, según el Informe de 2019.

La anterior es una exposición descriptiva muy general del ER, y en especial de los crímenes internacionales de lesa humanidad y de guerra, con énfasis en *violación y otras formas de violencia sexual* y “falsos positivos”, siguiendo los Informes de la Fiscalía de la CPI, que indican que los agentes del Estado como “*máximos responsables*” no han sido vinculados a las investigaciones penales en la jurisdicción penal ordinaria y, en mi concepto, aquellos agentes que la JEP califique como los no “*máximos responsables*” recibirán el beneficio de la

---

<sup>213</sup> Véase párr. 136 del Informe de 2018.

<sup>214</sup> *Clasismo e insultos ante la JEP y las víctimas*, Diario El Espectador, lunes 17 de enero de 2020, p. 22. Véase El Espectador, miércoles 15 de abril de 2020, p. 14.

<sup>215</sup> *El General que cambió su verdad*, Revista Semana, Bogotá, edición N° 1995, julio 26 a agosto 2 de 2020, p. 42.

<sup>216</sup> Fiscal de la CPI, Informe 2019, párr. 125.

*renuncia a la persecución penal* de todos los casos que no se seleccionarán, contrariando jurisprudencia adoptada en el SIDH y soslayando los Informes de la Fiscalía de la CPI, trataré de argumentar la manifiesta incompatibilidad de la citada renuncia con el Estatuto de Roma.

A continuación, me ocuparé del DIDH en especial el SIDH.

## **10. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS**

HÉCTOR FIX-ZAMUDIO destaca que se ha perfilado en el seno del Derecho Internacional dos nuevas disciplinas que podrían calificarse como Derecho Internacional de los Derechos Humanos (un conjunto de declaraciones y tratados de derechos humanos) y el Derecho Procesal Internacional de los Derechos Humanos (se integra con organismos y los procedimientos que deben seguirse ante ellos<sup>217</sup>). A la luz de estas nuevas disciplinas me ocuparé del SIDH, en especial una de las competencias de la Corte IDH.

### **10.1. LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LA COMPETENCIA PARA ACTIVAR EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD<sup>218</sup>**

La Corte IDH, en ejercicio de su *poder inherente*<sup>219</sup>, jurisprudencialmente ha asumido una nueva competencia<sup>220</sup> al establecer el control de convencionalidad con el objeto de resolver conflictos normativos que luego explicaré<sup>221</sup>.

---

<sup>217</sup> Cfr. HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, "Notas sobre el sistema interamericano de derechos humanos", en la obra colectiva *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Editorial Dickinson, Madrid, 1997, pp. 168, 212 y 213.

<sup>218</sup> Son bases convencionales de la competencia de la Corte IDH para ejercer el control de convencionalidad los artículos 2, 29, 33, 63 y 64 en relación con el art. 1.1. de la CADH.

<sup>219</sup> "La Corte asumió desde hace muchos años «el *poder inherente*» de determinar el alcance de su propia competencia, en otras palabras, se ha convertido en maestra de su «jurisdicción». FIX ZAMUDIO, HÉCTOR y VALENCIA CARMONA, SALVADOR, *Las reformas en derechos humanos, procesos colectivos y amparo*, Editorial Porrúa y UNAM, México, 2013, p. 16.

<sup>220</sup> Véase REY CANTOR, ERNESTO, *El Control de Convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, Editorial Porrúa, México, 2008, pp. 17 y 33, y en REY CANTOR, ERNESTO y REY ANAYA, ÁNGELA MARGARITA, *Medidas provisionales y medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 2ª ed., Editorial Temis, Bogotá, 2008, pp. 40, 61 y 370. La competencia para el ejercicio del control de convencionalidad se actualiza en el presente trabajo doctoral.

<sup>221</sup> CADH, artículo 62.1 y Reglamento de la Corte IDH, artículos 22 a 69.

En efecto, el Tribunal en ejercicio de dicha competencia activa el control de convencionalidad de Constituciones o reformas constitucionales, leyes, actos administrativos, jurisprudencia, prácticas judiciales y administrativas.

“Esta teoría del control de convencionalidad sin duda es la consecuencia lógica de los efectos del artículo 2 de la CIDH”<sup>222</sup> el *Deber de adoptar disposiciones de derecho interno*, el cual se incumplió con la expedición de la reforma constitucional (MJP) creadora de la renuncia a la persecución penal en Colombia<sup>223</sup>.

En el próximo capítulo explicaré *in extenso* el concepto y las características procesales de dicho control, no sin antes resaltar que la competencia también la ejerce la Corte en la fase procesal de supervisión de cumplimiento de las sentencias en los casos contenciosos<sup>224</sup>.

En síntesis, la jurisprudencia de la Corte IDH se origina en el ejercicio de sus competencias interpretando y aplicando la CADH, convirtiéndose en jurisprudencia *constante* con algunos casos. Convención y jurisprudencia conforman un acervo convencional (*acquis conventionnel*)<sup>225</sup> que gozará de *primacía* en el ordenamiento jurídico interno.

---

<sup>222</sup> BURGORGUE-LARSEN, *El diálogo judicial. Máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos*, ob. cit., p. 241.

<sup>223</sup> Véase GARCÍA ROCA, JAVIER, “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo”, en *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, N° 20, 2012, p. 204.

<sup>224</sup> CORTE IDH, Resolución de Medidas Provisionales y Supervisión de cumplimiento de sentencia de marzo 12 de 2019, aportando un gran avance según la cual el poder legislativo también tiene la obligación de ejercer el control de convencionalidad, párr.51.

<sup>225</sup> Véase QUERALT JIMÉNEZ, ob. cit., pp. 8, 9, 63 y 64, 76 y 402.

## 11. CASOS EMBLEMÁTICOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Entre varios casos que citaré selecciono dos casos<sup>226</sup> que se relacionan con *jurisprudencia constante*<sup>227</sup> de la Corte IDH, acerca de la prohibición de otorgar amnistías, indultos o cualquier **excluyente similar de responsabilidad** ante *graves violaciones* a los derechos humanos, por una parte, y por la otra, se refiere al deber del Estado de asegurar el pleno acceso a las víctimas o sus familiares en todas las etapas de la investigación, juzgamiento y sanción de los responsables de las citadas graves violaciones calificadas como crímenes internacionales. En efecto, “la CIDH ha utilizado en varias ocasiones la categoría de los crímenes internacionales, que constituyen formas específicas de graves violaciones de los derechos humanos”<sup>228</sup>. Veamos.

“Por tratarse de violaciones graves a los derechos humanos, el Estado deberá abstenerse de recurrir a la aplicación de leyes de amnistías ni argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, ni el principio *non bis in ídem*, o **cualquier excluyente similar de responsabilidad**, para excusarse de la obligación de investigar y enjuiciar a los responsables”<sup>229</sup> (negritas fuera del texto).

Adelante explicaré por qué la renuncia a la persecución penal es una forma excluyente o eximente de responsabilidad penal en Colombia.

---

<sup>226</sup> Casos cuyos hechos suceden en el marco del conflicto armado interno en El Salvador y Guatemala, calificados como **graves violaciones** a los derechos humanos por la Corte IDH, construyendo así una *jurisprudencia constante*. Además, finalizando el capítulo citaré *jurisprudencia constante* en casos (conflicto armado) contra Colombia y Perú.

<sup>227</sup> La *jurisprudencia constante* con la configuración de un “régimen especial de los crímenes internacionales” comienza a construirse a partir del **caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros)** contra el Perú, sentencia de 14 de marzo de 2001: “41. Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan **impedir la investigación y sanción** de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos, tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los derechos humanos”

<sup>228</sup> MACULAN, *Los crímenes internacionales en la jurisprudencia latinoamericana*, ob. cit. p.124.

<sup>229</sup> CORTE IDH, **Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”)** sentencia de noviembre 20 de 2012, párr. 327B; **caso García y familiares**, sentencia de noviembre 29 de 2012, párr.131; **caso Masacres de Río Negro**, sentencia de septiembre 4 de 2012, párr. 227; **caso Chitay Nech y otros**, sentencia de mayo 5 de 2010, párr. 235 b); **caso Masacres de las Dos Erres**, sentencia de noviembre 24 de 2009, párr. 129; **caso Tiu Tojin**, sentencia de noviembre 26 de 2008, párr. 91; **caso Carpio Nicolley y otros**, sentencia de noviembre 22 de 2004, párr. 130; **caso Myrna Mac Chang**, sentencia de noviembre 25 de 2003, párr. 276. Todos Casos contra Guatemala.

### 11.1. EL CASO<sup>230</sup> MASACRES DE EL MOZOTE Y LUGARES ALEDAÑOS CONTRA EL SALVADOR<sup>231</sup>

A diferencia de los casos resueltos anteriormente por la Corte, en este caso de masacres de la población civil una ley de amnistía general, adoptada con fundamento en un Acuerdo de Paz, para su examen la Corte IDH presenta nuevos elementos que conforman el parámetro de convencionalidad<sup>232</sup> para la activación del control de convencionalidad de dicha ley.

Desde la óptica del nuevo parámetro examinaré los aportes y avances jurisprudenciales en el presente caso de masacres<sup>233</sup>, en el que por primera vez se utiliza el DIH para realizar el análisis de compatibilidad de una ley de amnistía general para la consolidación de la Paz con la CADH, *a la luz del* Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 (i), y un Acuerdo de Paz de enero 16 de 1992 (un acto político), mediante el cual las partes en el conflicto pactaron el cese de las hostilidades que puso fin a dicho conflicto armado, como “parámetro de análisis sobre la legitimidad de la ley de amnistía”<sup>234</sup> (ii).

---

<sup>230</sup> Hechos en el marco del conflicto armado interno: se cometieron masacres de campesinos (967 personas, la mayoría eran niños, ancianos y mujeres embarazadas) por la Fuerza Armada, con el fin de combatir la guerrilla. Las partes combatientes celebraron un Acuerdo de Paz y crearon la Comisión de la Verdad para investigar las graves violaciones de derechos humanos desde el 1° de enero de 1980, incluyendo, entre otras, la masacre de El Mozote. El 15 de marzo de 1993 la Comisión emitió un Informe; luego, celebraron los Acuerdos de Paz de Chapultepec en México de 27 de abril de 1991. La Asamblea Legislativa dictó la *Ley de Reconciliación Nacional* en enero de 1992, estableciendo la amnistía por delitos políticos y conexos con restricciones, excluyendo a quienes hubieren participado en graves violaciones. El 20 de marzo de 1993 se dictó la *Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz*, concediendo una “amnistía general, amplia, absoluta e incondicional a favor de todas las personas que en cualquier forma hayan participado en la comisión de delitos” (amnistía que cobijaba a guerrilleros, civiles y agentes del Estado) con la finalidad de impedir la investigación penal por graves violaciones a derechos humanos y al DIH, extinguiendo además la responsabilidad civil. En septiembre de 1993 un juzgado penal aplicando esta ley decretó el sobreseimiento definitivo de la investigación en este caso, lo cual refleja “una grave afectación de la obligación internacional del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos”. A la fecha de la sentencia habían transcurrido 31 años “sin que se haya llevado a cabo un proceso penal serio y exhaustivo sin que se conozca aún toda la verdad. De modo tal que prevalece una situación de impunidad total amparada en la ley de amnistía” (párr. 299) que no cumplía con los estándares del DIDH y del DIH (párr. 291).

<sup>231</sup> CORTE IDH, **Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños contra El Salvador**, sentencia de octubre 15 de 2012.

<sup>232</sup> Párrafo 284. “Sin embargo y a diferencia de los casos abordados anteriormente por este Tribunal, en el presente caso se trata de una ley de amnistía general que se refiere a hechos cometidos en el contexto de un conflicto armado interno. Por ello, la Corte estima pertinente, al realizar el análisis de la **compatibilidad** de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz *con las obligaciones internacionales derivadas de la Convención Americana* y su aplicación al caso de las Masacres de El Mozote y lugares aledaños, ***hacerlo también a la luz de lo establecido en el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949***, así como de los términos específicos (...), del Acuerdo de Paz de enero 16 de 1992” (cursivas, negrillas y subrayados fuera del texto).

<sup>233</sup> Adelante me referiré a la Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia de la Corte, de fecha octubre 31 de 2017.

<sup>234</sup> UPRIMNY YEPES y otros, ob. cit., p. 76.



Otros aportes se relacionan con la procedencia de las amnistías en el DIH<sup>235</sup>, con la eventual aplicabilidad del artículo 6.5<sup>236</sup> del Protocolo II Adicional. Esta norma no es absoluta, advierte la Corte<sup>237</sup>.

Pareciera que sería aplicable la doctrina del margen de apreciación nacional del Estado<sup>238</sup> para establecer y diseñar su propia justicia transicional, en contextos de transición de un conflicto armado interno a la paz negociada, teniendo en cuenta otros tratados internacionales. ¿Cuáles? Veamos.

Dice la Corte:

“141. (...) el Tribunal considera útil y apropiado, tal como lo ha hecho en otras oportunidades<sup>239</sup> al analizar e **interpretar el alcance de las normas de la Ley de Amnistía** en el presente caso, en el que los hechos ocurrieron en el contexto de un conflicto armado y de conformidad con el artículo 29 de la Convención Americana, recurrir *a otros tratados internacionales*, tales como *los Convenios de Ginebra de 1949 y en particular el artículo 3 Común a los cuatro Convenios, el Protocolo II Adicional* a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (...), y el Derecho internacional humanitario consuetudinario, como instrumentos complementarios y habida consideración de su especificidad en la materia” (resaltado en negrillas y cursivas fuera del texto)<sup>240</sup>.

---

<sup>235</sup> Párrafo 285. “Según el Derecho Internacional Humanitario aplicable a estas situaciones, se justifica en ocasiones la emisión de leyes de amnistía al cese de las hostilidades en los conflictos armados de carácter no internacional para posibilitar el retorno a la paz”. Caso Masacre de El Mozote.

<sup>236</sup> En efecto, el artículo 6.5 del Protocolo II adicional a los convenios de Ginebra de 1949 prevé que: “A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procuran conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”. Caso Masacre de El Mozote.

<sup>237</sup> Párrafo 286. “Sin embargo, esta norma no es absoluta en tanto también **existe en el Derecho Internacional Humanitario una obligación de los Estados de investigar y juzgar crímenes de guerra**. Por esta razón, ‘las personas sospechosas o acusadas de haber cometido crímenes de guerra o que estén condenadas por ello’ no podrán estar cubiertas por una amnistía. Por consiguiente, puede entenderse que el artículo 6.5 del Protocolo II adicional está referido a amnistías amplias respecto de quienes hayan participado en el conflicto armado no internacional o se encuentren privados de la libertad por razones relacionadas con el conflicto armado, siempre que no se trate de hechos que, como los del presente caso, cabrían en la categoría de crímenes de guerra, e incluso en la crímenes de lesa humanidad”, Caso Masacre de El Mozote (cursivas y negrillas fuera del texto).

<sup>238</sup> Véase GARCÍA ROCA JAVIER, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: Soberanía e integración*, Edit. Civitas, Navarra (Pamplona).

<sup>239</sup> CORTE IDH, Casos Masacres de Ituango, párr. 179, Mapiripán, párrs. 114, 153, 172 y 191, y Masacres de las Dos Erres, párr. 191.

<sup>240</sup> Luego agrega la Corte: si la ley “(...) es o no compatible con los derechos reconocidos en los artículos 1.1., 2, 8.1 y 25.1 de la Convención Americana o, en su caso, si aquella puede mantener sus efectos

En aplicación del control de convencionalidad de la ley de amnistía la Corte, en la parte resolutive de la sentencia, no le ordenó al Estado derogar o reformar la ley<sup>241</sup>.

En cuanto a la aplicación de la citada ley ¿qué consideró la Corte?:

“(…) como el sobreseimiento dictado en aplicación de la ley de amnistía general, permiten concluir a la Corte que el proceso penal interno no ha constituido un recurso efectivo para garantizar los derechos de acceso a la justicia y conocer la verdad, mediante la investigación y eventual sanción a los responsables y la reparación integral de las consecuencias de las violaciones”<sup>242</sup>.

En la parte resolutive de la sentencia la Corte, a título de reparaciones, le ordenó al Estado cumplir el deber de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar todos los hechos<sup>243</sup>.

Sin duda se trata de una gran sentencia con una novedosa forma de emitir Votos; el tan controvertido Voto concurrente del Juez Diego García Sayán<sup>244</sup>. “No cabe duda de que este voto particular resulta contradictorio con numerosos precedentes jurisprudenciales de la propia Corte IDH, así como con el propio estatuto de la CPI”<sup>245</sup>, razón por la cual el Tribunal en el Caso *Miembros de La Aldea Chichupac* (2016) elevó el estándar jurisprudencial<sup>246</sup>, lo que implica una

---

jurídicos respecto de graves violaciones de derechos humanos e infracciones graves al Derecho internacional humanitario cometidas durante el conflicto armado interno, tomando en consideración las circunstancias específicas que rodearon la expedición de la ley en El Salvador”, párr. 265.

<sup>241</sup> “El Estado debe asegurar que aquella no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos (...) ni para la identificación, juzgamiento y eventual sanción. Esta obligación vincula a todos los poderes y órganos estatales en su conjunto, los cuales se encuentran obligados a ejercer un control de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”, párr. 318.

<sup>242</sup> CORTE IDH, párr. 299.

<sup>243</sup> “Iniciar, impulsar, reabrir, dirigir, continuar y concluir (...) las **investigaciones de todos los hechos** (...) **juzgar y sancionar** a los responsables de los mismos y de otras violaciones graves de los derechos humanos similares (3)” “asegurar que la ley de amnistía general para la consolidación de la paz no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos (4)” (negrillas y subrayas fuera de texto).

<sup>244</sup> Al voto de García Sayán se adhirieron cuatro jueces, pero los dos restantes Manuel Ventura Robles y Eduardo Vio Grossi no lo firmaron. El citado Voto resultó políticamente útil porque coincidió con el comienzo de las negociaciones entre la guerrilla de las FARC-EP y el Gobierno del presidente de Colombia Juan Manuel Santos.

<sup>245</sup> OLASOLO ALONSO, *Introducción al Derecho Internacional Penal*, ob. cit., p. 46.

<sup>246</sup> Con este caso se eleva el *estándar* internacional del deber de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de las violaciones graves a los derechos humanos y graves infracciones al DIH, establecido en el caso de la Masacre de El Mozote.

abismal distancia jurisprudencial entre lo que falló la Corte en el Caso El Mozote (2012), y lo fallado en el Caso de la aldea Chichupac (2016)<sup>247</sup>, una vez firmado el Acuerdo Final para la Paz en Colombia<sup>248</sup>.

**a) Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia de agosto 31 de 2017<sup>249</sup>**

Entre otras consideraciones, el Tribunal expresó lo siguiente:

“(…) la Corte valora positivamente que la sentencia de la Sala de lo Constitucional contiene disposiciones que coinciden con la jurisprudencia *constante* de la Corte Interamericana respecto a la prohibición de otorgar amnistías u **otras eximentes de responsabilidad** ante graves violaciones a los derechos humanos”<sup>250</sup> (resalto fuera del texto).

“Esta prohibición solo se predica frente a los crímenes internacionales”<sup>251</sup>.

De la jurisprudencia *constante* se infiere que una ley de amnistía para la consolidación de la paz, fruto de un Acuerdo de Paz que pone fin a un conflicto armado interno, sería convencional siempre y cuando se adecúe a la CADH y a la jurisprudencia de la Corte IDH (el acervo convencional); de lo contrario podría ser inconvencional, si no se castiga a todos los responsables de crímenes internacionales.

---

<sup>247</sup> En el caso Chichupac el Tribunal se integró con seis nuevos jueces. El séptimo es el antiguo juez Eduardo Vio Grossi, quien no firmó el Voto conjuntamente con el Juez García Sayan.

<sup>248</sup> El mismo día 30 de noviembre de 2016, en que se firmó el Acuerdo Final, se publicó dicha sentencia.

<sup>249</sup> Hechos: En cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, mediante sentencia de julio 13 de 2016, declaró inconstitucional de un modo general y obligatorio la ley de amnistía general para la consolidación de la paz, porque es contraria al derecho de acceso a la justicia, pues impide el cumplimiento de las obligaciones estatales de investigación, enjuiciamiento y sanción por los graves hechos cometidos por agentes del Estado y civiles, y en su lugar la Asamblea Legislativa debería aprobar un nuevo proyecto de ley en el que se regulen aspectos relativos a la persecución penal, participación de las víctimas en el proceso, las reparaciones de los daños y garantías de no repetición.

<sup>250</sup> Corte IDH, Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, agosto 31 de 2017, párr. 17.

<sup>251</sup> ACOSTA LÓPEZ, JUANA INÉS y ARÉVALO NARVÁEZ, CARLOS ENRIQUE, “Deber de investigar, esclarecer, perseguir y sancionar”, en la obra colectiva *Ley de Amnistía. Comentario completo y sistemático (Ley 1820 de 2016)*, AMBOS, KAI y COTE BARCO, GUSTAVO EMILIO (Eds.), Editorial Temis, Bogotá, 2019, p. 117.

Llama la atención que el Congreso de El Salvador adelantaba un proyecto de “ley especial de justicia transicional y restaurativa para la reconciliación nacional” con el objeto de “garantizar la impunidad de las violaciones a los derechos humanos perpetradas durante el conflicto armado y obstaculizar, una vez más, la búsqueda de justicia, verdad y reparación para las víctimas”<sup>252</sup>.

**b) Resolución del Presidente de Medida Urgente de 28 de mayo de 2019 y de supervisión de cumplimiento de sentencia<sup>253</sup>**

Al respecto, el presidente de la Corte consideró:

“(…) cabe advertir que los referidos artículos del proyecto de ley no brindan certeza jurídica respecto a que los hechos de las masacres vayan a ser efectivamente investigados, lo cual afectaría de manera grave el derecho de acceso a la justicia de las víctimas del caso. Adicionalmente las referidas normas no son claras en cuanto a que sucedería con aquellos casos que no se encuentren incluidos en el referido listado. Dicha falta de claridad, podría implicar la impunidad de este caso.

“Con base en los anteriores argumentos, esta Presidencia considera, *prima facie*, que dicho proyecto de ley no garantizaría un adecuado derecho de acceso a la justicia de las víctimas del caso Masacre de El Mozote”<sup>254</sup>.

La anterior argumentación jurídica condujo a que el presidente de la Corte decretara *Medidas Urgentes* y dispusiera suspender inmediatamente el trámite

---

<sup>252</sup> Véase CEJIL, mayo 22 y julio 15 de 2019.

<sup>253</sup> En cumplimiento de la sentencia de la sala constitucional de la Corte, la Asamblea Legislativa preparó un proyecto de *Ley Especial de Justicia Transicional y Restaurativa para la Reconciliación Nacional*, según el cual determinados casos serían investigados, estableciendo una política de selección, por lo cual el Fiscal General elaboraría un listado cerrado de casos, teniendo en cuenta la *gravedad* de los hechos y la *representatividad* de los mismos; se concedería la amnistía a ex-guerrilleros y agentes del Estado que no hayan cometido crímenes de lesa humanidad ni crímenes de guerra. Se establecería la suspensión y la sustitución de la pena y se prohibiría la prisión preventiva. Pareciera que dicha iniciativa legislativa es copia de la ley colombiana 1820 de 2016 de amnistía e indulto y renuncia a la persecución penal para agentes del Estado.

<sup>254</sup> Corte IDH, Resolución de Medidas Urgentes del presidente Eduardo Ferrer Mac-Gregor y de supervisión de cumplimiento de sentencia de mayo 28 de 2019, párrs. 12 a 42. Decisión revolucionaria en la historia jurisprudencial del Tribunal.

legislativo del citado proyecto de ley de justicia transicional con el objeto de garantizar a las víctimas el derecho de acceso a la justicia e impedir la impunidad, estándar jurisprudencial que se eleva con el siguiente caso.

## **11.2. EL CASO<sup>255</sup> *MIEMBROS DE LA ALDEA CHICHUPAC Y COMUNIDADES VECINAS DEL MUNICIPIO DE RABINAL CONTRA GUATEMALA*<sup>256</sup>**

Comienza la sentencia resaltando una novedosa forma de interpretar la CADH<sup>257</sup>.

Al respecto, “(...) la Corte considera útil y apropiado interpretar la Convención Americana, *teniendo en cuenta otros tratados* del derecho internacional humanitario<sup>258</sup> y el derecho penal internacional<sup>259</sup>, habida consideración de su especificidad en la materia” (cursivas fuera del texto), para lo cual precisa sus competencias.

Este párrafo 31 será el eje transversal de la parte motiva y resolutive de la sentencia para analizar todas las graves violaciones a la CADH y otros instrumentos internacionales. En efecto, “(...) el Tribunal *puede declarar una*

---

<sup>255</sup> Hechos en el marco del conflicto armado interno: El Estado de Guatemala vivió un conflicto armado interno por 34 años (1962 a 1996), bajo las dictaduras militares de Lucas García (1978-1982) y Ríos Montt (1982-1993). En el año de 1990 se inició un proceso de paz que culminó en 1996 con la firma de un Acuerdo de Paz entre el gobierno y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca. Además, se dictó la Ley de Reconciliación Nacional de 1996 que no se aplicó en este caso. Se destaca la importancia del Informe de la Comisión de la Verdad o de Esclarecimiento Histórico (CEH), el cual sirvió de prueba a la Corte IDH en al menos diez casos guatemaltecos, para determinar el contexto político e histórico en el que sucedieron los hechos. Se trata de un caso de carácter colectivo con una masacre que involucra aproximadamente a 477 víctimas del pueblo indígena Maya Achí. La Corte calificó los hechos no de manera aislada, sino teniendo en cuenta un contexto sistemático de violaciones graves y masivas de los derechos humanos. Ante la Corte se probaron los hechos de la desaparición forzada de personas, ejecuciones extrajudiciales, tortura, trabajos forzosos, *violaciones sexuales masivas, o indiscriminadas y públicas de mujeres, en algunos casos, de mujeres embarazadas que fueron inducidas al aborto*, todas sucedidas en un contexto sistemático de graves violaciones que constituyeron **crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad**, según calificación de la Comisión de la Verdad que resalta la Corte. “A más de 30 años de sucedidos los hechos y 23 años de las primeras denuncias las investigaciones abiertas permanecen en etapa de investigación”.

<sup>256</sup> CORTE IDH, Sentencia de noviembre 30 de 2016.

<sup>257</sup> CORTE IDH, párr. 31.

<sup>258</sup> CORTE IDH, **Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (Operación Génesis) contra Colombia**, Sentencia de noviembre 20 de 2013, párr. 221, y **Masacre de Santo Domingo contra Colombia**, Sentencia de noviembre 30 de 2012, párr. 187.

<sup>259</sup> CORTE IDH, **Caso de La Masacre de Las Dos Erres contra Guatemala**, Sentencia de noviembre 24 de 2009, párr. 140; **Caso Almonacid Arellano y otros contra Chile**, Sentencia de septiembre 26 de 2006, párr. 93; **Caso Gelman contra Uruguay**, Sentencia de febrero 24 de 2011, párr. 99, pie de página 113, y **Caso Contreras y otros contra El Salvador**, Sentencia de agosto 31 de 2001, párr. 82, pie de página 102.

*violación a la Convención Americana u otros tratados (...)*<sup>260</sup> (cursivas fuera del texto).

La Corte concreta su competencia para *interpretar* los Convenios de Ginebra de DIH y otros tratados de DPI, más no para aplicarlos, sino para calificar los hechos como crímenes internacionales, elevando el estándar jurisprudencial para limitar a los Estados en la concesión de amnistías, indultos o cualquier excluyente de responsabilidad que conduzca a la omisión de persecución penal por parte de los Estados Partes en la CADH y otros tratados.

Además, destaco la competencia que tiene la Corte para la calificación de los hechos probados relacionados con la desaparición forzada de personas, tortura, ejecuciones extrajudiciales, violaciones sexuales, trabajos forzosos y la competencia para declarar las respectivas violaciones, a la luz del DIH y el DPI<sup>261</sup>, conductas que califica como **“crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o actos de genocidio** que pudieran haberse cometido (...)<sup>262</sup> (negrillas fuera del texto) calificación que se enmarca en los crímenes internacionales de *ius cogens*.

La Corte analiza con profundidad los contenidos y alcances del deber de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar las graves violaciones citadas, para lo cual selecciono los siguientes párrafos<sup>263</sup>:

“Además, la Corte considera pertinente señalar que la obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar no se deriva solamente de la Convención Americana. En determinadas circunstancias y dependiendo de la naturaleza de los hechos, esta obligación también se desprende de otros instrumentos

---

<sup>260</sup> CORTE IDH, párr. 35.

<sup>261</sup> CORTE IDH, párrs. 35 y 134.

<sup>262</sup> CORTE IDH, párr. 256.

<sup>263</sup> Como se explicó, en este caso se eleva el *estándar* internacional establecido en el caso de Masacre El Mozote relacionado con el deber de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de las violaciones graves a los derechos humanos y graves infracciones al DIH. Al análisis del incumplimiento de este deber internacional la Corte le dedica 47 párrafos (del 210 al 257). La sentencia se dictó por unanimidad de votos de los jueces.

interamericanos en la materia que establecen la obligación a cargo de los Estados Parte de investigar las conductas prohibidas por tales tratados”<sup>264</sup>.

Más adelante, la Corte considera: “(...) que el Estado *incumplió la obligación de investigar las graves violaciones de derechos humanos* ocurridas, inclusive, la alegada comisión de violencia y violación sexual, trabajos forzados, tortura, **crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y actos de genocidio**”<sup>265</sup> (negrillas y cursivas fuera del texto).

De esta forma se va consolidando un *régimen especial* de los crímenes internacionales. Luego la Corte reitera *la obligación de investigar* derivada de otros instrumentos interamericanos que concreta así:

“(...) de conformidad con la Convención Americana, vigente al momento de las masacres, el Estado tenía la obligación de investigar con la debida diligencia todos los hechos del presente caso (...). Dicha obligación fue reafirmada por el Estado con motivo del depósito del instrumento de ratificación de la CIPST, la Convención de Belém do Pará, la CIDFP y la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, por lo que el Estado debía velar por su cumplimiento a partir del momento de que las ratificó”<sup>266</sup>.

Finaliza la argumentación la Corte con la siguiente novedad: “(...) los hechos del presente caso demuestran una clara voluntad por parte de las autoridades que los mismos permanezcan en absoluta impunidad, lo cual resulta en una **responsabilidad agravada** por el incumplimiento de su deber de investigar graves violaciones a los derechos humanos”<sup>267</sup>. Es la primera vez que el Tribunal argumenta la responsabilidad agravada del Estado por la omisión en investigar los crímenes internacionales mencionados anteriormente (párrafos 35, 134 y 256).

---

<sup>264</sup> CORTE IDH, párr. 215.

<sup>265</sup> CORTE IDH, párr. 257.

<sup>266</sup> CORTE IDH, párr. 262.

<sup>267</sup> CORTE IDH, párr. 264.

La Corte, para condenar al Estado, argumenta lo siguiente: “(...) esta Corte estima que Guatemala es responsable por la violación de los derechos reconocidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana (...), así como por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo I.b) de la CIDFP, el artículo 7.b) de la Convención de *Belém Do Pará*, también en relación con los artículos 1, 6 y 8 de la CIPST”<sup>268</sup>.

¿Cuáles son los avances jurisprudenciales en cuanto al control de convencionalidad se refiere?<sup>269</sup> En mi concepto, se debe utilizar como parámetro de convencionalidad otros *instrumentos interamericanos* aplicables además de la CADH (párr. 289).

¿Cuáles serían esos instrumentos interamericanos aplicables<sup>270</sup>? Según el caso que se analice serían la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas y la Convención de Belém do Pará<sup>271</sup>, porque son *instrumentos interamericanos* que como parámetro de convencionalidad serían utilizados para el control de convencionalidad, porque:

“(...) Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos sus niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un control de convencionalidad entre las normas internas<sup>272</sup> y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

”En esta tarea los jueces y dichos órganos, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la CADH y demás *instrumentos*

---

<sup>268</sup> CORTE IDH, párr. 265

<sup>269</sup> CORTE IDH, párr. 289.

<sup>270</sup> “289. (...) cuando un Estado es Parte de tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, **la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer**, dichos tratados obligan a todos sus órganos, incluido el poder judicial (...) de ejercer *ex officio* un «control de convencionalidad»” (negrillas fuera del texto).

<sup>271</sup> En adelante seguiré con la denominación de las tres Convenciones Interamericanas.

<sup>272</sup> Llámense constitucionales, legales y reglamentarias.



***interamericanos***, sino también la *interpretación* que de estos ha hecho la Corte Interamericana”<sup>273</sup> (párr. 289) (resaltado en negrillas y cursivas fuera del texto).

En otras palabras, el poder judicial debe aplicar la jurisprudencia como producto de la interpretación de la CADH y demás *instrumentos interamericanos* (el acervo convencional). Téngase en cuenta que “la jurisprudencia internacional prevalece sobre la constitucional y la ordinaria de cada Estado”<sup>274</sup>.

Obsérvese que la Corte incluye en el parámetro de convencionalidad “otros tratados” acrecentando el acervo convencional, y lo anuncia desde el párrafo 31 de la sentencia. Debe entenderse instrumentos interamericanos (párrs. 215 y 289)<sup>275</sup>, que “apuntan a ampliar tal parámetro del control de convencionalidad”<sup>276</sup>.

En síntesis, puedo afirmar que el acervo convencional podría fungir como parámetro de convencionalidad, el cual deberá tenerse en cuenta en la interpretación y aplicación de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas y la Convención de Belém do Pará, en sede internacional y en sede interna, para resolver los casos cuyos hechos se califiquen como crímenes internacionales.

#### **a) El régimen especial de los crímenes internacionales**

Con esta proyección jurisprudencial interamericana “se ha ido formando un *régimen especial* de los crímenes internacionales (...) su contenido se concreta esencialmente a [los] elementos [de] la regla de la imprescriptibilidad y la prohibición de amnistías e indultos [y se crea] un tratamiento jurídico

---

<sup>273</sup> La Corte reitera en idéntica forma la configuración del control de convencionalidad que había expuesto en el **caso de la Masacres de Río Negro** (párrs. 231 y 262) y en el **caso de Gudiel Álvarez (Diario Militar)** párr. 330.

<sup>274</sup> RAMELLI ARTEAGA, ALEJANDRO, *Diálogos entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces constitucionales latinoamericanos*, Tirant lo Blanch, Bogotá, 2019, p. 79.

<sup>275</sup> De esta forma el acervo convencional (CADH y otros instrumentos interamericanos y la jurisprudencia) amplía el parámetro de convencionalidad de las normas internas.

<sup>276</sup> RAMELLI ARTEAGA, ob. cit., p. 78.

diferenciado”<sup>277</sup>. Este último elemento coincide con la renuncia a la persecución penal como una forma de tratamiento jurídico diferenciado, fruto de la invención legislativa colombiana<sup>278</sup>.

La Corte crea unas *reglas jurisprudenciales* con las cuales se construye una jurisprudencia *constante*, de la que se desprende dicho régimen especial con los siguientes elementos:

“247. (...) de acuerdo con su vasta y reiterada jurisprudencia *sobre la obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar*, la Corte ha establecido que **son inadmisibles las disposiciones de** amnistías, las disposiciones de prescripción, así como **otras pretendidas excluyentes de responsabilidad** que en realidad sean pretexto para impedir la investigación de *violaciones graves de los derechos humanos*” (subrayado, resaltado en negrillas y cursivas fuera del texto)<sup>279</sup>.

Examinemos cómo la Corte califica los hechos:

“(...) en consideración a la gravedad de los hechos” (párr. 285, literal a), se impone “el deber de investigar de oficio los hechos de las desapariciones forzadas y desplazamientos forzados, torturas, ejecuciones extrajudiciales, *violaciones sexuales* y trabajos forzosos, así como denuncias de que se cometieron **crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y/o genocidio**” (párr. 285 literal b) que corresponden al calificativo genérico de crímenes internacionales (subrayado, negrillas y cursivas fuera del texto). En forma similar la CIDH advirtió lo mismo<sup>280</sup>.

---

<sup>277</sup> MACULAN, *Los crímenes internacionales en la jurisprudencia latinoamericana*, ob. cit., pp. 72, 73 y 273.

<sup>278</sup> Como adelante explicaré, mediante la Ley 1820 de 2016 se crearon los tratamientos penales especiales diferenciados para los agentes del Estado, entre los que se destaca la renuncia a la persecución penal (artículo 45), la cual es una forma de “excluyente de responsabilidad” penal, porque entre los efectos de la citada renuncia se halla la extinción de “la acción penal, la responsabilidad penal y la sanción penal” (artículo 42). Este beneficio penal para los agentes/victimarios viola las reglas jurisprudenciales interamericanas que garantizan el acceso a la justicia de las víctimas.

<sup>279</sup> CORTE IDH, caso Chichupac, párr. 247. Este desarrollo jurisprudencial se viene construyendo a partir del caso Myrna Mac Chang (2003), párr. 276 hasta convertirse en *jurisprudencia constante*. Volveré sobre el tema con la Resolución de marzo 12 de 2019 de la Corte.

<sup>280</sup> CIDH, Informe de país *Situación de derechos humanos en Guatemala* de diciembre 31 de 2015, párrafos 432, 433 y 517 (2) y (23), se reitera la regla jurisprudencial de la improcedencia de las amnistías, porque impiden “la investigación y sanción de los responsables por graves violaciones a los derechos humanos, dejándolas en la impunidad”. Este Informe se produce tres años después del fallo de El Mozote.

“El principal valedor del régimen especial de los crímenes internacionales ha sido la CIDH, a raíz de una interpretación muy estricta del deber de persecución y castigo de esos delitos”<sup>281</sup>.

Dichos actos de *violencia o violación sexual*<sup>282</sup> también podrían tipificarse como **crímenes de lesa humanidad** si se cometen “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil”, de acuerdo con el artículo 7 del ER. Al respecto, la Corte, ha sido enfática<sup>283</sup>.

¿Cómo deberían participar las víctimas en el proceso penal?

“Conforme a su *jurisprudencia constante*, la Corte considera que el Estado debe asegurar el pleno acceso y capacidad de las víctimas o sus familiares **en todas las etapas** de la investigación y el juzgamiento de los responsables, de acuerdo con la ley interna y las normas de la Convención Americana”<sup>284</sup> (resaltado fuera del texto). Esta regla jurisprudencial ha sido reiterada.

Este es el aporte jurisprudencial más valioso en el caso Chichupac, el cual acrece con la Resolución de marzo 12 de 2019, que a continuación analizaré.

En la parte resolutive de la sentencia la Corte declaró las violaciones a las tres Convenciones Interamericanas que integran el parámetro de convencionalidad, configurando así la *ratio decidendi* con gran impacto jurisprudencial en los

---

Recientemente la CIDH llama la atención del Congreso de Guatemala de abstenerse de reformar la Ley de Reconciliación Nacional para evitar la impunidad, comunicado de prensa de enero 25 de 2019. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Guatemala2016.pdf>

<sup>281</sup> Cfr., Paniagua Morales y otros, párr. 173; Trujillo Oroza, párr. 97; Heliodoro Portugal, párr.183; son casos citados por MACULAN, *Los crímenes internacionales en la jurisprudencia latinoamericana*, ob. cit., p. 73.

<sup>282</sup> La *violencia o violación sexual* cometidas en conflictos armados internacionales (art. 8, numeral 2, literal b), xxii), o en conflictos armados que no sean de índole internacional (art. 8, numeral 2, literal e), vi) son **crímenes de guerra**, según el artículo 8 del Estatuto de Roma.

<sup>283</sup> Corte IDH: “En cuanto a la falta de investigación de las violaciones sexuales cometidas por **agentes del Estado** en el presente caso, la Corte considera de que toda vez que existan indicios de violencia sexual en el marco de un conflicto armado interno, esta no debe ser tratada como un delito colateral, sino que su investigación debe formar parte de cada etapa de la estrategia global de investigación de posibles torturas, **crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o actos de genocidio** que pudieran haberse cometido (...)”, párr. 256 (negritas fuera del texto).

<sup>284</sup> CORTE IDH, párr. 286.

Estados Parte<sup>285</sup>. A título de reparación la Corte también le impone la obligación al Estado de investigar los hechos<sup>286</sup>.

## **b) Resolución de Medidas Provisionales y Supervisión de cumplimiento de sentencia de la Corte IDH de marzo 12 de 2019<sup>287</sup>**

Con la creación de *reglas jurisprudenciales* la Corte ha consolidado una jurisprudencia *constante* con los siguientes elementos:

“Este Tribunal ha mantenido una *jurisprudencia constante* en el sentido de que **«son inadmisibles las disposiciones de amnistías, las disposiciones de prescripción, y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad** que pretendan **impedir la investigación y sanción** de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos, tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los derechos humanos»”<sup>288</sup> (subrayado, resaltado en negrillas y cursivas fuera del texto).

Concluyo que la jurisprudencia *constante* (con *reglas jurisprudenciales*) es la base común de cada uno de los citados elementos del régimen especial de los crímenes internacionales, con particular referencia a las “excluyentes de

---

<sup>285</sup> “13. El Estado es responsable por la violación de los derechos a las garantías y la protección judiciales reconocidos en los artículos 8.1. y 25.1 de la Convención Americana (...), así como por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 1, 6 y 8 de la CIPST, así como el artículo I.b) de la CIDFP y el artículo 7.b) de la Convención de *Belém do Pará*”.

<sup>286</sup> “18. El Estado debe remover todos los obstáculos de *facto* y de *jure*, que mantienen la impunidad, en este caso, e *iniciar, continuar, impulsar y reabrir las investigaciones* que sean necesarias para determinar y, en su caso, *sancionar* a los responsables de las violaciones de los derechos humanos (...)” (cursivas fuera del texto).

<sup>287</sup> Hechos: El Ministerio Público de Guatemala en cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH reabrió la investigación penal contra siete patrulleros civiles de autodefensa civil con el fin de cumplir con el deber de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar por violaciones sexuales; patrulleros que se encuentran privados de la libertad desde mayo de 2018, lo cual generó una serie de amenazas contra la vida e integridad personal de las víctimas de dichas violaciones, quienes solicitaron medidas provisionales a la Corte. Además, con la solicitud de las medidas se pide que el Congreso se abstenga de continuar con el trámite de un proyecto de ley por medio del cual se concedería amnistía general para *todos* los delitos cometidos durante el conflicto armado interno, a favor de *todas* las personas (amnistía que cobijaría a guerrilleros, civiles y agentes del Estado) procesadas o condenadas por esos delitos, quienes podrían obtener la libertad en 24 horas. Por otra parte, durante y dentro del procedimiento legislativo se realizó una especie de control de convencionalidad recomendando no aprobar dicho proyecto.

<sup>288</sup> Resolución de marzo 12 de 2019, párr. 31. Obsérvese que se transcribe en su totalidad el párrafo 41 del citado caso Barrios Altos contra el Perú, en el que se origina la jurisprudencia *constante* que se proyecta hasta nuestros días.

responsabilidad”, las cuales deben eliminarse del ordenamiento jurídico interno, porque supone “un obstáculo para garantizar la persecución y castigo de los criminales”<sup>289</sup>.

El otro tema de la citada Resolución se refiere a la suspensión del trámite de un proyecto de ley que se adelantaba en el Congreso de Guatemala, respecto del cual la Corte, expresó: “De ser aprobada, sería una ley incompatible con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana y, por tanto, de conformidad con el artículo 2 de dicho tratado y la *jurisprudencia constante* de este Tribunal, carecería de efectos jurídicos”<sup>290</sup>.

La aprobación de dicho proyecto de ley impactaría negativamente en 14 casos<sup>291</sup> en los que el Tribunal mediante sentencias le ha ordenado a Guatemala cumplir con el deber de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar a los responsables, por la sencilla razón que la nueva ley impediría el ejercicio del derecho de acceso a la justicia de las víctimas en los referidos 14 casos y, además, la nueva ley afectaría la *cosa juzgada internacional* respecto de las sentencias dictadas en los citados casos<sup>292</sup>. Por estas elementales razones dicho proyecto de ley es incompatible no solo con la *jurisprudencia constante*, sino también con los derechos a las garantías judiciales (art. 8) y la protección judicial (art. 25) de las víctimas reconocidas en la CADH (el acervo convencional), por lo cual dicho proyecto de ley carecería de efectos jurídicos de ser aprobada<sup>293</sup>.

Por lo anterior la Corte decretó las medidas provisionales, ordenándole al Estado: “Que adopte medidas para garantizar el derecho al acceso a la justicia de las víctimas interrumpa el trámite legislativo de la ley, y la archive”. Como no se cumplió esta orden el Tribunal dictó la siguiente Resolución.

---

<sup>289</sup> MACULAN, *Los crímenes internacionales en la jurisprudencia latinoamericana*, ob. cit., p. 73.

<sup>290</sup> Resolución de marzo 12 de 2019, párr. 37.

<sup>291</sup> Los 14 casos son: Chichupac, Molina Theissen y otros 12.

<sup>292</sup> *Ibidem*, párrs. 36 y 50.

<sup>293</sup> Quiere decir que antes de terminar el procedimiento legislativo la Corte realizó una especie de control de convencionalidad sobre el proyecto de ley.

### **c) Resolución de Medidas Provisionales y Supervisión de cumplimiento de sentencia de la Corte IDH de octubre 14 de 2019<sup>294</sup>**

La Corte reitera la jurisprudencia *constante* para los 14 casos y eleva el estándar jurisprudencial, así:

“Al analizar la iniciativa de la Ley N° 5377 la Corte consideró que la misma está dirigida a asegurar la impunidad [de] los crímenes de lesa humanidad. De ser aprobada [la ley] carecería de efectos jurídicos [y] genera responsabilidad internacional del Estado”<sup>295</sup>.

#### **11.3. LA JURISPRUDENCIA CONSTANTE<sup>296</sup> Y LA CONFIGURACIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES**

En cuanto a la citada *jurisprudencia constante* de la Corte IDH que se construye con los casos citados y analizados resalto los siguientes aportes.

En el caso El Mozote, la jurisprudencia *constante* de la Corte se refiere a la prohibición de otorgar amnistías u otras **excluyentes de responsabilidad** ante graves violaciones a los derechos humanos constitutivas de crímenes internacionales; como se expresó, prohibición que se convierte en una *regla jurisprudencial*.

En el caso Chichupac la jurisprudencia *constante* además de la citada *regla jurisprudencial* se refiere al deber del Estado de asegurar el pleno acceso y capacidad de las víctimas o sus familiares en todas las etapas de la investigación y el juzgamiento de los responsables, de acuerdo con la ley interna y las normas de la Convención Americana; otra *regla jurisprudencial*. Del incumplimiento de

---

<sup>294</sup> La Resolución comprende la supervisión de los citados 14 casos.

<sup>295</sup> Resolución de octubre 14 de 2019, párr. 45. Obsérvese que resalta como un crimen internacional las graves violaciones a derechos humanos, razón por la cual la ley carecería de efectos jurídicos, entre las cuales podrían estar las disposiciones legales de “*establecimiento de excluyentes de responsabilidad*”.

<sup>296</sup> La jurisprudencia *constante* resulta de la interpretación vinculante de la CADH para los Estados Parte en la CADH como “*cosa interpretada*”. El supuesto de hecho del caso nacional por resolver es semejante o similar al supuesto de hecho de los casos resueltos por la Corte, por graves violaciones a los derechos humanos –reconocidos en la norma convencional–, en el marco de un conflicto armado interno. La obligatoriedad de la cosa interpretada proviene de la doctrina europea que adelante citaré.

dichas reglas se genera responsabilidad internacional del Estado, según la Corte.

Con las dos Resoluciones de Supervisión de Cumplimiento se reafirma la consolidación de una *jurisprudencia constante* acerca de la prohibición de leyes de amnistía, y el establecimiento de **excluyentes de responsabilidad** (primera regla) que pretendan impedir la investigación, juzgamiento y, en su caso, la sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos que constituyan crímenes internacionales con estatus de *ius cogens* (segunda regla)<sup>297</sup>.

Dicha *jurisprudencia constante* es el estándar aplicable en contextos de transición de un conflicto armado interno hacia la paz, como el colombiano.

Paralelamente el Tribunal Interamericano ha reiterado la *jurisprudencia constante* (con las citadas *reglas jurisprudenciales*) en casos contra Colombia<sup>298</sup> y el Perú<sup>299</sup>. Algunos de estos casos remiten al caso Goiburú contra Paraguay, según el cual “el acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho internacional y, como tal, genera obligaciones *erga omnes* para los Estados”<sup>300</sup>.

---

<sup>297</sup> Con la Resolución de marzo 12 de 2019 (párr. 31) y la Resolución de octubre 14 de 2019 (párr. 45) la Corte reitera la *jurisprudencia constante* citada en la Resolución de agosto 31 de 2017 en el **Caso de la Masacre de El Mozote**, párr. 17, y los ocho casos citados contra Guatemala a pie de página, lo que me permite confirmar la primacía de la *jurisprudencia constante* con efectos de obligatoriedad; argumento que luego sustentaré en el próximo capítulo.

<sup>298</sup> **Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia)**, sentencia de noviembre 14 de 2014, párr. 556 b); **Caso Manuel Cepeda Vargas**, sentencia de mayo 26 de 2010, párr. 216. D; **Caso de la Masacre de La Rochela**, sentencia de mayo 11 de 2007, párr. 294; **Caso de las Masacre de Ituango**, sentencia de julio 1° de 2006, párr. 402; **Caso de la Masacre de Mapiripán**, sentencia de septiembre 15 de 2005, párr. 304 y **Caso 19 comerciantes**, sentencia de julio 5 de 2004, párr. 262. En los casos de **las Masacres de La Rochela, de Ituango y Mapiripán**, expresamente se refieren a la *jurisprudencia constante* sobre la inadmisibilidad de las excluyentes de responsabilidad que impidan la *investigación y sanción* de los responsables de las graves violaciones de derechos humanos. O “medidas que pretendan impedir la *persecución penal*”, **Caso Masacre de Pueblo Bello**, sentencia de 31 enero de 2006, párr. 262 D (resaltado fuera del texto).

<sup>299</sup> **Caso Baldeón García**, sentencia de abril 6 de 2006, párr. 201, *jurisprudencia constante*. **Caso Tenorio Roca y otros**, sentencia de junio 22 de 2016, párr. 269: “Conforme a su *jurisprudencia constante*, la Corte reitera que el Estado debe asegurar el pleno acceso y capacidad de actuar de las víctimas y sus familiares en todas las etapas de la investigación y el juzgamiento de los responsables”. En idéntico sentido, **caso Vásquez Durand y otros** contra el Ecuador, sentencia de febrero 15 de 2017, párr. 204. En el caso Quispialaya Vilcapoma contra Perú, sentencia de interpretación, párr. 132. “Para que el derecho a ser oído no carezca de contenido, debe ser acompañado por el deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar”.

<sup>300</sup> Corte IDH, **caso Goiburú contra Paraguay y otros**, sentencia de septiembre 22 de 2006, párr. 131. “el deber de investigar y sancionar ha alcanzado carácter de *jus cogens*”, “por la particular gravedad de estos delitos”, párr. 84.

En síntesis, la jurisprudencia *constante* interamericana introduce una novedosa aportación con la configuración de un “régimen especial de los crímenes internacionales”<sup>301</sup> con estatus de *ius cogens* siguiendo la argumentación de OLLÈ SESÉ, OLASOLO ALONSO, ROBERTSON y GUTIÉRREZ POSSE.

Si los Estados no acatan la *jurisprudencia constante* –cosa interpretada obligatoria– las leyes de amnistía o de eximentes de responsabilidad (como, por ejemplo, la renuncia a la persecución penal en la justicia transicional colombiana) que dicten serían manifiestamente incompatibles con el acervo convencional y carecerían de efectos jurídicos, porque esas leyes propiciarían la instauración y perpetuación de una impunidad estructural.

Otra conclusión podría ser que los modelos de búsqueda de la paz, tanto en El Salvador como en Guatemala, al parecer están fracasando con los pretendidos proyectos de leyes de amnistía y justicia transicional para agentes del Estado y ex combatientes de la guerrilla, porque la violencia continúa y los hechos se repiten<sup>302</sup>.

Finalizo este capítulo dedicado al Derecho internacional en sus tres dimensiones, con la siguiente y categórica afirmación sin desvirtuar: “No existe un instrumento internacional que autorice renunciar a la persecución de los responsables de crímenes de derecho internacional o de violaciones a derechos humanos”<sup>303</sup>. La Corte Constitucional guardó silencio.

En conclusión, la renuncia a la persecución penal para agentes del Estado, como excluyente o eximente de responsabilidad penal, no tiene fundamento internacional, y **si la persona acusada actuó como agente estatal no puede**

---

<sup>301</sup> MACULAN, *Los crímenes internacionales en la jurisprudencia latinoamericana*, ob. cit., p. 125.

<sup>302</sup> El rearme de los 21 ex combatientes de las FARC (agosto 2019) me permitirá demostrar que el modelo colombiano de transición del conflicto armado interno hacia la paz se ha erosionado por el incumplimiento del Acuerdo Final para la Paz por parte de los ex-guerrilleros. Estos son “criminales comunes dedicados al narcotráfico”, según calificación del ex-presidente Juan Manuel Santos, Diario El Tiempo, Bogotá, mayo 24 de 2020, p. 1.8. Como “organizaciones narcoterroristas” la agencia de la DEA de los E.U. calificó a las FARC, Diario El Tiempo, junio 19 de 2020, p. 1.6.

<sup>303</sup> Intervención de Amnistía Internacional durante el proceso de control de constitucionalidad del A. L. 01 de 2012 (MJP). Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2013, párr. 4.5.2.



**beneficiarse de ningún tipo de inmunidad**<sup>304</sup>. El *acceso a la justicia* es un derecho universal de las víctimas y de sus familiares.

En el capítulo segundo me ocuparé de explicar, cómo se construye la jurisprudencia *constante* de la Corte a partir de *reglas jurisprudenciales*; la primacía del acervo convencional que fungirá como parámetro de convencionalidad para ejercitar el control de convencionalidad, y como elemento de un nuevo concepto de bloque de constitucionalidad, con la finalidad de “*luchar contra la impunidad*” que es “la base común”<sup>305</sup> de todos los elementos que configuran el régimen especial de los crímenes internacionales con estatus de *ius cogens*.

---

<sup>304</sup> Cfr. CASSESE, ob. cit., p. 23.

<sup>305</sup> MACULAN, *Los crímenes internacionales en la jurisprudencia latinoamericana*, ob. cit., p. 73.



## CAPÍTULO II

### CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

*“El hecho de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de derecho internacional no exime de responsabilidad en derecho internacional a quien lo haya cometido”<sup>1</sup>.*

Con el propósito de facilitar herramientas procesales que les permitan a los jueces latinoamericanos ejercer el control de convencionalidad de las leyes, humildemente propondré un juicio de convencionalidad por medio del cual los jueces activarían dicho control y resolverían los casos de conflictos normativos, haciendo operativa la primacía del acervo convencional formado por la CADH y jurisprudencia interamericana.

Esta herramienta procesal puede ser utilizada en contextos de paz o de conflicto armado. Por ejemplo, en Colombia el ejercicio del control de convencionalidad permitiría integrar al acervo convencional *la jurisprudencia constante* de la Corte IDH relacionada con el deber de investigar, juzgar y en su caso, sancionar a los responsables de crímenes internacionales con estatus de *ius cogens*, en el marco del régimen especial de los crímenes internacionales. ¿Cuál sería el objeto? Garantizar, en condiciones de plena igualdad, el acceso de las víctimas a la Jurisdicción Especial para la Paz, con la inaplicación de la renuncia a la persecución penal de todos los casos que esta jurisdicción no seleccione, en relación con agentes del Estado.

En su momento citaré jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia según la cual dicho Tribunal no ejercita el control de convencionalidad en tratándose del control de constitucionalidad de las leyes en general y en especial de las reformas constitucionales, proceso constitucional en el cual aplica el “juicio de sustitución”: “(...) el juicio de sustitución no tiene por objeto constatar una

---

<sup>1</sup> Principio II, *Principios de Núremberg*, aprobados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en 1950.

contradicción entre normas”<sup>2</sup>. Ello significa que no confronta las leyes ni las reformas constitucionales con la CADH. Como solución humildemente propondré la construcción de un nuevo concepto de bloque de constitucionalidad y de esta forma se interpretarán los derechos fundamentales de conformidad con el acervo convencional. Esta será la segunda parte del presente capítulo.

## 1. ¿CÓMO LOS JUECES DEBERÍAN EJERCER EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LAS LEYES?

La primera parte constará de lo siguiente: i) El deber internacional de adecuación normativa y la primacía del Derecho Internacional, ii) *la jurisprudencia constante* de la Corte IDH, iii) el acervo convencional interamericano, iv) el parámetro de convencionalidad, v) el control de convencionalidad, y vi) el juicio de convencionalidad y sus fases.

Para el desarrollo de la investigación, invocaré la CADH para los Estados Parte u otros tratados interamericanos<sup>3</sup> y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante la DADDH)<sup>4</sup> para los Estados no Parte en la CADH<sup>5</sup>, porque tanto unos como otros podrían aplicar el control de convencionalidad.

---

<sup>2</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-141 de 2010.

<sup>3</sup> “Para los Estados Parte en la Convención la fuente específica de sus obligaciones con respecto a la protección de los derechos humanos es, en principio, la propia Convención”. **Opinión Consultiva OC-10/89**, de julio 14 de 1989, “Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 46 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos”, párr. 46. Para los Estados no Parte en la Convención la fuente es la DADDH. Se aclara que citaré otras convenciones respecto de las cuales los Estados son Parte.

<sup>4</sup> La “Declaración constituye una fuente de obligaciones jurídicas internacionales para todos los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos”. Informe N° 79/07, **Caso 12.513, Fondo, Prince Pinder contra Bahamas**, octubre 15 de 2007, párr. 20.

<sup>5</sup> Aclaro que en la presentación de las fases del juicio de convencionalidad no me referiré por razones de espacio a los Estados no Parte en la CADH, es decir, a aquellos Estados a los cuales la CIDH les aplica la DADDH (por ser Estados Miembros de la OEA) para resolver los casos. Sin embargo, es importante hacer las siguientes precisiones. La CIDH interpreta y aplica la DADDH para activar el control de convencionalidad con una gran construcción jurídica para resolver los casos en que el Estado no sea Parte en la CADH. Sin embargo, la DADDH y las decisiones de la Comisión configuran, en mi concepto, un acervo convencional. Desafortunadamente la doctrina no resalta los aportes de la Comisión, en tratándose de dicho control. Véase HERNÁNDEZ CASTAÑO, DIANA PATRICIA, “Legitimidad democrática de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el control de convencionalidad”, en: Temas de Derecho Público, N° 92, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, p. 143.

## 1.1. EL DEBER INTERNACIONAL DE ADECUACIÓN NORMATIVA Y LA PRIMACÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL

En el Sistema Interamericano los Estados que en ejercicio de su soberanía<sup>6</sup> se constituyen Parte de la CADH, como “actos soberanos que el Estado Parte realiz[a] conforme a sus procedimientos constitucionales”<sup>7</sup>, se obligan adecuar su ordenamiento jurídico interno<sup>8</sup> con las disposiciones de este tratado que reconocen los derechos humanos (civiles y políticos), en cumplimiento del *deber de adoptar disposiciones de derecho interno* (art. 2, CADH)<sup>9</sup>, para garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos convencionales (art. 1, CADH<sup>10</sup>) y en

<sup>6</sup> Cfr. Corte IDH. **Caso Cesti Hurtado contra Perú**, sentencia de septiembre 4 de 1998, párr. 101.

<sup>7</sup> Corte IDH. **Caso Gelman contra Uruguay**, supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de la Corte de marzo 20 de 2013, párr. 87.

<sup>8</sup> Para efectos del control de convencionalidad entiéndase por *ordenamiento jurídico interno*, en estricto sentido: la Constitución, las leyes, los actos administrativos y la jurisprudencia; en sentido amplio, incluimos además las *prácticas* (judiciales y administrativas) con efectos normativos que producen algunas autoridades públicas; aclaramos que tales *prácticas* no son fuentes del Derecho, según la Teoría del derecho, por tanto, no integran el ordenamiento jurídico de los Estados, tema que adelante precisaré. No obstante lo anterior, la Corte IDH ha incluido las prácticas como objeto del control de convencionalidad; véase, entre otros, el **Caso Radilla Pacheco contra México**, sentencia de noviembre 23 de 2009, párr. 338. También la Corte previó la posibilidad de incluir las *costumbres* de un pueblo indígena como objeto del control de convencionalidad, en el **caso Yátama contra Nicaragua**, sentencia de junio 23 de 2005, párrs. 183 y 225; es una novedad jurisprudencial digna de estudiar por la eventual presencia de otros casos similares de aplicación de leyes incompatibles con el derecho consuetudinario indígena que la Corte reconoce como existente en el continente americano, donde rige un derecho escrito tradicional. Cfr. **Caso Quispialaya Vilcapoma contra Perú**, sentencia de noviembre 23 de 2015, caso según el cual la Corte le ordenó al Estado proceder a demarcar las tierras de propiedad colectiva de la comunidad indígena tomando en consideración el derecho consuetudinario, usos y costumbres de la comunidad (párr. 259 y parte resolutive de la sentencia, numeral 6). Ver INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia*, San José de Costa Rica, 2015, p. 90. También suelen utilizarse las denominaciones “leyes internas” o “normas internas” como equivalentes de ordenamiento jurídico interno.

<sup>9</sup> “Artículo 2. *Deber de adoptar disposiciones de derecho interno*. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. Deriva de esta norma, en mi concepto, una obligación internacional *de resultado* para el Estado Parte en la Convención que denominaríamos el ***Deber internacional de adecuación normativa***. Se trata del *cumplimiento* de una obligación internacional dirigida exclusivamente al Estado que la debe hacer eficaz en el ordenamiento jurídico interno: dictar las *medidas legislativas* o de otro carácter —el resultado— para respetar y garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos convencionales (art. 1). *Adecuación* es el vocablo que utiliza la Corte, véase **Casos Fermín Ramírez contra Guatemala**, sentencia de junio 20 de 2005, párr. 97, y **Zambrano Vélez contra Ecuador**, Sentencia de julio 4 de 2007, párr. 57, entre otros.

<sup>10</sup> Artículo 1: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. De los artículos 1.1. y 2 de la CADH nacen obligaciones sustantivas, generales, objetivas y con efectos *erga omnes*, y de las demás normas (arts. 3 a 25) nacen las obligaciones especiales para los Estados Parte en este tratado internacional, véase Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, de septiembre 17 de 2003, párr. 76, y **Caso de La Masacre de Mapiripán contra Colombia**, sentencia de septiembre 15 de 2005, párr. 104.

acatamiento del principio prevalente<sup>11</sup> del respeto a la dignidad intrínseca de la persona humana<sup>12</sup>, principio universal del Derecho, para preservar la seguridad jurídica<sup>13</sup> en el ordenamiento jurídico interno/internacional. Dicho principio es el *numen* de los derechos humanos que por su “naturaleza son comunes y universales antes que locales”<sup>14</sup>; ejemplo, el acceso a la justicia como un derecho universal<sup>15</sup>.

Acerca del *deber internacional de adecuación normativa* la Corte IDH ha indicado que en el referido artículo 2 de la CADH quedó plasmada una norma consuetudinaria de Derecho Internacional. Al respecto, ha sostenido que:

“[...] en el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente (*«principe allant de soi; échange des populations grecques et turques avis consultatif, 1925, C.P. J.I., Serie B, N° 10, p. 20»*)”<sup>16</sup>.

Relacionada con la anterior norma consuetudinaria, en el Derecho Internacional General (consuetudinario) existe un principio fundamental, según el cual un Estado no puede invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de una norma internacional (codificado en materia de tratados en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho

---

<sup>11</sup> La idea de *prevalencia* que se adoptó para el presente trabajo proviene del Voto del Juez Antonio Augusto Cancado Trindade, OC-18/03, de septiembre 17 de 2003, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, párrs. 54 y 56.

<sup>12</sup> Principio contenido en el Preámbulo de la DUDH y mencionado en los artículos 1, 22 y 23.

<sup>13</sup> “El régimen internacional sobre la protección de los derechos humanos se caracteriza por el interés protegido, la dignidad inherente a la persona humana”. CASANOVAS, ORIOL y ÁNGEL, RODRIGO J., *Compendio de derecho internacional público*, 3ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2014, p. 438.

<sup>14</sup> Cfr. GARCÍA ROCA, JAVIER, “El diálogo sobre derechos humanos entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana”, en PABLO SANTOLAYA e ISABEL WENCES (Coords.), *La América de los Derechos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, pp. 535 y 537. GARCÍA ROCA sigue a los autores BREMS y GARLICKI.

<sup>15</sup> “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial (...)”, artículo 10 de la DUDH.

<sup>16</sup> Corte IDH. **Caso Zambrano Vélez y otros**, supra, párr. 55. Cfr. Corte IDH y Ministerio Público Fiscal de Buenos Aires (Argentina), en GABRIELA PACHECO ARIAS, ANA LUCÍA AGUIRRE GARABITO, MARÍA FERNANDA RODRÍGUEZ, SIRO DE MARTINI y otros (Coords.), *Diálogos, El impacto del Sistema Interamericano en el ordenamiento interno de los Estados*, Buenos Aires, Argentina, 2013, p. 26.

de los Tratados, de 1969)<sup>17</sup>, “ni siquiera invocando su sistema constitucional”<sup>18</sup>. “De ahí que los órganos internacionales competentes puedan imponer al Estado que promulgó una ley opuesta al Derecho Internacional que proceda a su derogación, o por lo menos a su no aplicación”<sup>19</sup>.

En términos generales se trata del *deber internacional de adecuación normativa* del ordenamiento jurídico interno con el Derecho Internacional, aplicable también en el DIDH y, en particular, en el SIDH.

“Se genera así la obligación estatal de articular procedimientos internos para cumplir”<sup>20</sup> con la adecuación normativa exigida por la CADH.

Al respecto la Corte ha expresado que el artículo 2 de la Convención “no define cuáles son las medidas pertinentes para la adecuación del derecho interno a la misma”<sup>21</sup>.

## 1.2. VÉRTICES DEL DEBER INTERNACIONAL DE ADECUACIÓN NORMATIVA

Este deber internacional de adecuación normativa comprende los siguientes vértices: “(...) los Estados no solo tienen la obligación positiva de *adoptar* las medidas legislativas necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos consagrados en [la Convención], sino que también deben evitar promulgar aquellas leyes que impidan el libre ejercicio de tales derechos, y evitar que se supriman o modifiquen las leyes que los protegen”<sup>22</sup>, y “la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí

---

<sup>17</sup> Cfr. CASANOVAS y otros. ob. cit., p. 129.

<sup>18</sup> GUTIÉRREZ ESPADA, CESÁREO y CERVELL HORTAL MARÍA, *Curso General de Derecho Internacional Público*, 3ª ed., Editorial Trotta, Madrid, 2012, p. 271. Los autores citan a la Corte Permanente de Justicia Internacional, **Dictamen consultivo de febrero 4 de 1932, Asunto del trato de los nacionales polacos y de otras personas de origen o lengua polaca en el territorio de Danzig**, Serie A, núm. 24, 12 y Serie A/B, núm. 44, 24.

<sup>19</sup> VERDROSS, ALFRED, *Derecho Internacional Público*, Trad. de Antonio Truyol Sierra, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1976, p. 97.

<sup>20</sup> CANOSA USERA, RAÚL, *El control de convencionalidad*, Madrid, editorial Civitas y Thomson Reuters, 2015, pp. 28 y 29.

<sup>21</sup> CORTE IDH. **Caso La Cantuta contra Perú**, sentencia de noviembre 29 de 2006, párr. 172.

<sup>22</sup> Cfr. Corte IDH, **Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros contra Chile**, sentencia de septiembre 2 de 2015, párrs. 124, 132, 142 y 170, y **Caso Mendoza y otros contra Argentina**, sentencia de mayo 14 de 2013, párr. 323.

reconocidos u obstaculicen su ejercicio, lo cual implica que la norma o práctica violatoria de la Convención debe ser modificada<sup>23</sup>, derogada, o anulada<sup>24</sup>, o reformada<sup>25</sup>, según corresponda<sup>26</sup>, o para “completar”<sup>27</sup> el texto normativo “sin que el Estado obligado a ello tenga un amplio margen de apreciación al momento de cumplir la decisión”<sup>28</sup>.

“El Tribunal ha entendido que la obligación [de supresión de las normas y prácticas] se incumple mientras la norma o práctica violatoria de la Convención se mantenga en el ordenamiento jurídico”<sup>29</sup>, pues “Ello implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effect utile*)”<sup>30</sup>.

Este deber internacional *erga omnes* que se deriva de la disposición del artículo 2 “es, por su propia naturaleza, *una obligación de resultado*”<sup>31</sup> y debe ser cumplida por los Estados Parte en la CADH, según los principios *pacta sunt servanda* y buena fe. ¿A partir de cuándo? Veamos.

En concreto, el deber internacional de adecuación normativa surte sus efectos jurídicos a partir del momento en que un Estado se constituya Parte en la CADH –y entrando en vigor–, “independientemente del sistema de jerarquías normativas previsto en las Constituciones y las leyes”<sup>32</sup>. Una segunda hipótesis podría surgir cuando la Corte IDH en sentencia declarativa y de condena le ordena al Estado reformar la Constitución, derogar o modificar una ley, o un acto administrativo incompatible con dicho instrumento.

---

<sup>23</sup> Cfr. **Caso Zambrano Vélez y otros**, párr. 56, y **Caso Fermín Ramírez**, párrs. 97 y 130.

<sup>24</sup> Cfr. **Caso Zambrano Vélez y otros**, párr. 56, y **Caso Yátama contra Nicaragua**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de junio 23 de 2005. párr. 254.

<sup>25</sup> Cfr. **Caso Zambrano Vélez y otros**, párr. 56, y **Caso Fermín Ramírez**, párrs. 87 y 125.

<sup>26</sup> Cfr. **Caso Zambrano Vélez y otros**, párr. 56, y **Caso La Cantuta contra. Perú**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, noviembre 20 de 2009, párr. 172.

<sup>27</sup> Corte IDH, **Caso Gómez Palomino contra Perú**, Sentencia de noviembre 22 de 2005, párrs. 99, 102, 104, 109 y 149.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> Corte IDH, **Caso La Cantuta**, párr. 172.

<sup>30</sup> Corte IDH, **Caso Heliodoro Portugal contra Panamá**, Sentencia de agosto 12 de 2008, párr. 179.

<sup>31</sup> Corte IDH, **Caso Caesar contra Trinidad y Tobago**, Sentencia de marzo 11 de 2005, párr. 93.

<sup>32</sup> SERRANO GUZMÁN, SILVIA, *El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2013, p. 16.



Desde otro punto de vista, los Estados Parte en la CADH y no demandados en un proceso internacional, “(...) deberán iniciar un proceso de compatibilización con el estándar mínimo [interamericano], en el supuesto de que una sentencia ponga de relieve que el estándar interno no es compatible con aquél. Este proceso de compatibilización viene facilitado por el efecto de la cosa interpretada de las sentencias del Tribunal, que determina en cada momento de qué forma deben ser interpretados los derechos y libertades de la Convención”<sup>33</sup>.

¿Qué clase de disposiciones del ordenamiento jurídico interno son las que el Estado debe dictar para cumplir con el deber de adecuación? “(...) La obligación estatal de adecuar la legislación interna a las disposiciones convencionales no se limita al texto constitucional o legislativo, sino que debe irradiar a todas las disposiciones jurídicas de carácter reglamentario y traducirse en la efectiva aplicación práctica de los estándares de protección de los derechos humanos (...)”<sup>34</sup>.

### **1.3. CONFLICTOS NORMATIVOS ENTRE NORMAS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO Y LAS NORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL**

Precisando el contenido y el alcance del deber internacional de adecuación normativa surgen las siguientes preguntas. ¿Se podrían presentar conflictos normativos entre normas del ordenamiento jurídico interno y normas del Derecho Internacional? ¿Cuál prevalecería? ¿Cómo se resolverían los conflictos? ¿Cuáles serían sus consecuencias?

La doctrina internacionalista responde: “Desde el punto de vista del Derecho Internacional, es éste el que prevalece en caso de conflicto sobre los derechos internos”<sup>35</sup>. “Por ello, el conflicto se resuelve en última instancia con la *primacía* del Derecho internacional”<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, ARGELIA, *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 4.

<sup>34</sup> CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-21/14, de agosto 19 de 2014, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en la necesidad de protección internacional”, párr. 65.

<sup>35</sup> PASTOR RIDRUEJO, JOSÉ A., *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 20ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2008, p. 165.

<sup>36</sup> CASANOVAS y otros, ob. cit., p. 129.

#### 1.4. PODER INHERENTE DE LA CORTE IDH PARA RESOLVER CONFLICTOS NORMATIVOS

En el Sistema Interamericano la Corte IDH también responde a los citados interrogantes con su jurisprudencia. Para resolver dichos conflictos normativos y reconocer la *primacía* del DIDH sobre el ordenamiento jurídico interno, la Corte IDH en ejercicio de su *poder inherente*<sup>37</sup>, en los primeros casos contenciosos, declaraba incompatible una ley interna con la CADH ordenando en la sentencia al Estado derogar o modificar la ley y así resolvía dichos casos con fundamento en el artículo 2 de la CADH, generando una jurisprudencia que se fue reiterando para resolver esta clase de casos<sup>38</sup>.

Este reiterado ejercicio judicial (de *poder inherente*) la Corte lo denominó “control de convencionalidad de las leyes”, al resolver el caso Almonacid Arellano contra Chile<sup>39</sup> creando jurisprudencialmente dos *deberes*<sup>40</sup> a cargo de los jueces internos para resolver caso a caso tales conflictos normativos<sup>41</sup>.

#### 1.5. CONSTRUCCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA CONSTANTE DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LA PRIMACÍA DEL ACERVO CONVENCIONAL

De dicho ejercicio se deriva “una obligación convencional puesta, firmemente, a cargo de los jueces nacionales”<sup>42</sup> para resolver caso a caso los conflictos

<sup>37</sup> “La Corte asumió desde hace muchos años «el *poder inherente*» de determinar el alcance de su propia competencia, en otras palabras, se ha convertido en maestra de su «jurisdicción»”. FIX ZAMUDIO y VALENCIA CARMONA, *Las reformas en derechos humanos, procesos colectivos y amparo*, ob. cit., p. 16.

<sup>38</sup> El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, entre las fuentes del derecho internacional enumera las decisiones judiciales, es decir, la jurisprudencia internacional que además es fuente del derecho interno.

<sup>39</sup> **Caso Almonacid Arellano contra Chile**, Sentencia de septiembre 26 de 2006, párr. 124.

<sup>40</sup> Al poder judicial de los Estados Parte en la CADH la Corte IDH le exigió que : “(...) **debe** ejercer una especie de Control de Convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (i), y a continuación la Corte agrega: “En esta tarea, el Poder Judicial **debe** tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención” (ii), cfr. Caso Almonacid Arellano, párr. 124 (negritas fuera del texto). Adelante volveré sobre estos dos deberes para explicar la construcción jurisprudencial del juicio de convencionalidad.

<sup>41</sup> En el caso Almonacid la Corte bautiza el ejercicio de poder inherente con el nombre de control de convencionalidad aplicado en otros casos anteriores para resolver conflictos normativos.

<sup>42</sup> BURGORGUE-LARSEN, LAURENCE, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como tribunal constitucional”, en: ARMÍN VON BOGDANDY, HÉCTOR FIX-FIERRO y MARIEL MORALES ANTONIAZZI (Coords.), *Ius constitucionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Max-Planck Instituto, Instituto Iberoamericano de derecho constitucional, México, 2014, p. 435.

normativos mediante el control de convencionalidad. Se trata de una obligación positiva y consiste en que dichos jueces deben respetar y aplicar *la jurisprudencia constante* de la Corte al interpretar y aplicar la CADH.

¿Cómo se forma la *jurisprudencia constante* de la Corte? La jurisprudencia se forma con la creación de reglas jurisprudenciales claras, precisas y reiteradas<sup>43</sup> que se van manteniendo<sup>44</sup>, con el fin de precisar el contenido y alcances de los derechos convencionales en temas nucleares<sup>45</sup>, hasta convertirse en *jurisprudencia constante*, que según el ex-juez GARCÍA RAMÍREZ es aquella “que dota de consistencia, permanencia y autoridad a las decisiones supranacionales”<sup>46</sup>. Por ello, la Corte afirma: “(...) la jurisprudencia constante de esta Corte es la autoridad interpretativa de las obligaciones establecidas en la Convención Americana”<sup>47</sup>.

“Cuando los Estados Parte se obligan a respetar los compromisos jurídicos que se derivan de [la CADH] lo hacen también respecto de la jurisprudencia de [la CADH] y asumen el acervo convencional”<sup>48</sup>. En otras palabras, se trata de “la

---

<sup>43</sup> Estas características de las reglas QUERALT JIMÉNEZ las toma de la doctrina alemana (*Granbenwarter*), para “afirmar el carácter jurídico de la obligación de seguir la jurisprudencia europea”, ob. cit., pp. 77, 78, 88, 135 a 137 y 204, en nuestro caso las reglas de la jurisprudencia constante interamericana.

<sup>44</sup> Cfr. **Caso Quispialaya Vilcapoma contra Perú**, Sentencia de noviembre 23 de 2015, párrs. 144 y 150.

<sup>45</sup> La *jurisprudencia constante*: “respecto de la prueba y su apreciación” (párr. 71), en relación con “la desaparición forzada de personas” (párr. 133), en tratándose de “reparaciones” (párr. 281) y el deber del Estado de “asegurar el pleno acceso y capacidad de actuar de las víctimas o sus familiares en todas las etapas de la investigación y juzgamiento de los responsables” en el proceso penal (párr. 286), **Caso Miembros de la aldea Chichupac y Comunidades vecinas del municipio de Rabinal**. Como se explicó esta es una regla jurisprudencial y otra regla es la contenida en la siguiente decisión transnacional. “Jurisprudencia *constante* de la Corte respecto a la prohibición de otorgar amnistías u otras eximentes de responsabilidad ante graves violaciones a los derechos humanos”, Resolución de agosto 31 de 2017, párr. 17. Supervisión de cumplimiento de sentencia, en el **caso Masacre de El Mozote y lugares aledaños, contra El Salvador**, *Ibídem* **caso Miembros de la Aldea Chichupac, caso Molina Theissen y otros 12 casos contra Guatemala**, Sentencia de noviembre 30 de 2016.

<sup>46</sup> GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Editorial Porrúa y UNAM, México, 2015, p. 213). La terminología *jurisprudencia constante* también utiliza el Juez Antonio Augusto Cancado Trindade (voto razonado, párr. 40, en el **Caso Bámaca Velásquez contra Guatemala**, Sentencia de fondo de noviembre 25 de 2000, **Caso Las Palmeras contra Colombia**, sentencia de fondo de diciembre 6 de 2001, voto párr.8). La Corte se ha referido en muchos casos, entre otros, el **Caso Goiburú y otros contra Paraguay**, Sentencia de septiembre 22 de 2006, párr. 82; **Caso Albán Cornejo y otros contra Ecuador**, Sentencia de noviembre 22 de 2007, párr. 111. **Caso Miembros de la aldea Chichupac y Comunidades vecinas del municipio de Rabinal contra Guatemala**, sentencia de 30 de noviembre de 2016, párrs. 71, 133, 281 y 286 y el **Caso Cuscul Piraval contra Guatemala**, sentencias de agosto 23 de 2018, párr. 75.

<sup>47</sup> Corte IDH. **Caso Vélez Restrepo y familiares** contra Colombia. Excepción preliminar, fondo y costas. Sentencia de septiembre 3 de 2012, párr. 241.

<sup>48</sup> GARCÍA ROCA, JAVIER y QUERALT JIMÉNEZ, ARGELIA, “Buenas prácticas en el cumplimiento de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en la obra colectiva “Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades”, en: ARMÍN VON BOGDANDY, EDUARDO FERRER MAC-GREGOR, MARIELA MORALES

obligación de aplicar de manera directa los tratados de derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte IDH<sup>49</sup>.

Recordemos que a partir del caso Almonacid Arellano la Corte impuso al poder judicial que “*debe tener en cuenta la interpretación que del mismo [la CADH] ha hecho la Corte, intérprete última de la Convención*”<sup>50</sup>. El resultado de la interpretación de la CADH son las reglas jurisprudenciales contenidas en esas decisiones supranacionales. Así mismo la doctrina se refiere a la “primacía de la jurisprudencia”<sup>51</sup> que corresponde a la “jurisprudencia internacional constante”<sup>52</sup>.

¿Cuál es el fundamento de dicha obligatoriedad? “La jurisprudencia de la Corte atribuye efecto directo a sus pronunciamientos”<sup>53</sup>, por ello, “el órgano judicial tiene la función de hacer **prevalecer** la Convención Americana y los fallos de esta Corte sobre la normatividad interna”<sup>54</sup> (las negrillas son mías). “Así, una vez que el Estado ha ratificado válidamente [la CADH], quedará obligado por el *acquis conventionnel* [interamericano] compuesto por las obligaciones de [la CADH] e, indisociablemente, por el desarrollo jurisprudencial efectuado por [la Corte IDH]”<sup>55</sup>. “En definitiva, la jurisprudencia de [la Corte IDH] pasa a formar parte del *acquis conventionnel*”<sup>56</sup>.

---

ANTONIAZZI & PABLO SAAVEDRA (Coords.), Universidad Nacional Autónoma de México, Max-Planck Instituto, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2019, p. 707.

<sup>49</sup> MANILI, PABLO LUIS, El bloque de constitucionalidad, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2017, p. 345.

<sup>50</sup> “(...) el Poder Judicial **debe** tener en cuenta (...) la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención” cfr. **Caso Almonacid Arellano**, párr. 124 (negrillas fuera del texto).

<sup>51</sup> LONDOÑO LÁZARO, MARÍA CARMELINA, *Las garantías de no repetición en la jurisprudencia interamericana, Derecho internacional y cambios estructurales del Estado*, Editorial Tirant lo Blanch y Universidad La Sabana, México, 2014, p. 112.

<sup>52</sup> RAMELLI ARTEAGA, Diálogos entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces constitucionales latinoamericanos, ob. cit., p. 112.

<sup>53</sup> VON BOGDANDY, ARMIN, “Configurar la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional público”, en: ARMIN VON BOGDANDY y otros (Coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización, ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, T. II, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAN, Max-Planck, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, p. 567.

<sup>54</sup> CORTE IDH, **Caso Gelman contra Uruguay**, supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de la Corte de marzo 20 de 2013, párr. 73.

<sup>55</sup> GARCÍA ROCA y QUERALT JIMÉNEZ, ob. cit., p. 708.

<sup>56</sup> QUERALT JIMÉNEZ, ob. cit., pp. 88 y 404.

Es por ello, que “[l]a jurisprudencia internacional prevalece sobre la constitucional y la ordinaria de cada Estado”<sup>57</sup>, precisamente porque es obligatoria.

En otras palabras, si la CADH y los fallos de la Corte IDH *prevalecen* es porque goza de *primacía* el acervo convencional que contiene la CADH y la jurisprudencia constante que nace de los fallos que vinculan al Estado Parte en la CADH y que ha sido parte en el proceso internacional (sentencia con *efecto inter partes*) y todos los demás Estados Parte en la CADH y que no han sido parte en el proceso internacional (sentencia con efecto *erga omnes*)<sup>58</sup>.

De esta forma la Corte IDH asume el papel de un Tribunal supranacional<sup>59</sup> que utiliza el control de convencionalidad “para aplicar (...) la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal; es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención”<sup>60</sup>, a fin de hacer valer la *primacía* del acervo convencional.

En resumen, esta jurisprudencia *constante* y obligatoria con la CADH conforma un acervo convencional; denominación de origen francés (*acquis conventionnel*)<sup>61</sup>

---

<sup>57</sup> RAMELLI ARTEAGA, *Diálogos entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces constitucionales latinoamericanos*, ob. cit., p. 79.

<sup>58</sup> Véanse Voto razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, de marzo 20 de 2013, relativa a la supervisión de cumplimiento de sentencia en el **Caso Gelman contra Uruguay**. “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (*res interpretata*)”. En: *Revista de Estudios Constitucionales*, Año 11, N° 2, 2013, pp. 641 a 694.

<sup>59</sup> GARCÍA ROCA JAVIER, “El diálogo sobre derechos humanos entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana”, en: PABLO SANTOLAYA e ISABEL WENCES (Coords.), *La América de los derechos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, p. 535. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea jurisprudencialmente construyó el principio de *primacía* a partir del **asunto Flaminio Costa y Enel contra Italia**, Sentencia de julio 15 de 1964.

<sup>60</sup> Corte IDH. **Caso Petro Urrego contra Colombia**. Sentencia de julio 8 de 2020, párr. 107, **Caso Cabrera García y Montiel Flórez contra México**, Sentencia de noviembre 26 de 2010, párr. 225, y **Caso Gelman contra Uruguay**, párr. 239.

<sup>61</sup> “El *acquis conventionnel* o acervo convencional conformado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. QUERALT JIMÉNEZ, ob. cit., pp. 4, 76, 136, 138, 404 y 405, quien toma prestada la expresión de *acquis conventionnel* de ALEJANDRO SAÍZ ARNAÍZ, *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 13, 76, 138 y 144. Expresión francesa que utilizaré *in extenso* en el presente trabajo, aplicable en el SIDH, como bien la usan GARCÍA ROCA & QUERALT JIMÉNEZ, ob. cit., pp. 707 y 708.

que utiliza la doctrina latinoamericana<sup>62</sup>. En lo sucesivo me referiré a la primacía del acervo convencional.

El acervo convencional funge como parámetro de convencionalidad<sup>63</sup> para el ejercicio del control de convencionalidad de las leyes cuya dinámica operativa adelante explicaré.

A partir de esta descripción conceptual también me referiré a la jurisprudencia interamericana<sup>64</sup> y al acervo convencional interamericano<sup>65</sup> con un contenido más amplio<sup>66</sup>.

## **1.6. LA JURISPRUDENCIA CONSTANTE Y EL RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES**

Como se explicó en el capítulo anterior con elementos extraídos de la jurisprudencia *constante* de la Corte IDH se configura un “régimen especial de los crímenes internacionales”<sup>67</sup>. Veamos: “Jurisprudencia *constante* de la Corte respecto a la prohibición de otorgar amnistías u otras eximentes de

---

<sup>62</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO utiliza la denominación *acquis conventionnel*. “El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno”, en *Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, Año 9, N° 2, 2011, pp. 17-76 (29).

<sup>63</sup> GARCÍA ROCA y QUERALT JIMÉNEZ, indican que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos “ha desarrollado un parámetro de convencionalidad”, ob. cit., p. 706.

<sup>64</sup> Entiéndase por jurisprudencia interamericana, en *sentido estricto*, la que proviene de las decisiones de la Corte contenidas en las sentencias (de excepciones preliminares, de fondo, de reparaciones, de interpretación) en los casos contenciosos, Resoluciones de la supervisión de cumplimiento de sentencias; las Opiniones Consultivas y las Resoluciones de las medidas provisionales, proferidas por la Corte IDH. Véase Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21/14, de agosto 19 de 2014, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en la necesidad de protección internacional”, párr. 31. En *sentido amplio*, la jurisprudencia interamericana incluye importantes decisiones (precedentes) de la CIDH que aportaron en la gestación y construcción conceptual del control de convencionalidad al emitir recomendaciones a los Estados para que reformen Constituciones y leyes incompatibles con la DADDH en algunos casos que no llegaron a la Corte. Así mismo, advierto que utilizaré la expresión *jurisprudencia interamericana* como un elemento del *acervo convencional* que consolidó conceptualmente el control de convencionalidad. La misma CIDH se refiere a “su jurisprudencia”, véase Universalización del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Washington, OEA, 2014, p. 34.

<sup>65</sup> MARIELA MORALES ANTONIAZZI, acogió esta denominación en su estudio El Estado abierto como objetivo del *Ius Constitutionale Commune*. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en: ARMIN VON BOGDANDY y otros (Coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAN, Max-Planck, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014, p. 278.

<sup>66</sup> Acuño la denominación *acervo convencional interamericano* para referirme al conjunto de Convenciones Interamericanas suscritas por los Estados en la AG de la OEA, y que adelante clasificaré al precisar los elementos del parámetro de la convencionalidad, según los hechos de los casos. Forma parte de este acervo la DADDH y la Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas (DADPI), cuando se trate de su aplicación por parte de la CIDH.

<sup>67</sup> Cfr., MACULAN, Los crímenes internacionales en la jurisprudencia latinoamericana, ob. cit., pp. 71 a 73, 125 y 273. Véanse OLLÉ SESÉ y OLÁSULO ALONSO.

responsabilidad ante graves violaciones a los derechos humanos”<sup>68</sup>. “Este Tribunal ha mantenido una jurisprudencia *constante* en el sentido de que son inadmisibles las disposiciones de amnistías, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables (...) de tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el”<sup>69</sup> DIDH. Es jurisprudencia *constante* porque ha establecido unas reglas jurisprudenciales claras, precisas y reiterativas. De este conjunto de reglas se deriva la obligatoriedad de la jurisprudencia *constante*.

La renuncia a la persecución penal es una forma de “eximente o excluyente de responsabilidad” penal para los agentes del Estado colombiano, cuyos efectos impiden cumplir con el deber internacional de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a estos responsables de crímenes internacionales de *ius cogens*; por tanto, dicho beneficio penal debe inaplicarse, en el caso concreto, por medio del control de convencionalidad de la norma constitucional creadora de dicho premio penal y, en su lugar, debe respetarse la primacía del acervo convencional.

#### **1.7. EFECTOS DIRECTOS Y VINCULANTES DE LA PRIMACÍA DEL ACERVO CONVENCIONAL**

En estas condiciones el acervo convencional es fuente del Derecho y como tal permea todo el ordenamiento jurídico interno (incluida la Constitución) de los Estados Parte en la CADH, que aceptaron la competencia contenciosa de la Corte, independientemente si fueron o no parte en el respectivo proceso internacional.

De esta manera, el acervo convencional vincula a los poderes del Estado: legislativo, ejecutivo, judicial, y aun el poder constituyente y el poder de reforma, generando un gran impacto interamericano que tendría como finalidad la compatibilización de los ordenamientos jurídicos internos de los Estados con el

---

<sup>68</sup> Resolución de agosto 31 de 2017, párr. 17, Supervisión de cumplimiento de sentencia, en el **caso Masacre de El Mozote y lugares aledaños, contra El Salvador**.

<sup>69</sup> Resolución de marzo 12 de 2019 de Medidas Provisionales y supervisión de cumplimiento de sentencia, párr. 31, en el **caso Miembros de la Aldea Chichupac**.

acervo. Esto es, el sometimiento estatal al acervo convencional<sup>70</sup>. Desde esta perspectiva algunos autores se refieren a la configuración de un nuevo modelo de Estado de Derecho, el denominado *Estado Constitucional y Convencional de Derecho*<sup>71</sup>. En otras palabras, un Estado constitucional convencionalmente limitado.

En este orden de ideas, constitucionalistas latinoamericanos como NÉSTOR PEDRO SAGÜES resaltan “la *primacía* del pacto sobre las Constituciones domésticas”<sup>72</sup>, “el Pacto vale jurídicamente más que la Constitución”<sup>73</sup>. CARLOS AYALA CORAO menciona la supremacía del tratado de derechos humanos<sup>74</sup>. El internacionalista, ex-presidente de la Corte IDH, Antonio A. Cancado Trindade, se refiere al “*primado* de derecho internacional sobre el derecho interno”<sup>75</sup>, y en el mismo sentido el Juez de la Corte Humberto Sierra Porto<sup>76</sup>. ALEJANDRO RAMELLI ARTEGA magistrado de la JEP de Colombia afirma: “Se parte por tanto de la premisa de que el tratado internacional se encuentra ubicado siempre por encima de todo el ordenamiento jurídico interno”<sup>77</sup>. La Corte IDH en el caso Gelman se refiere expresamente a la *prevalencia* de la CADH y la jurisprudencia de dicha Corte.

---

<sup>70</sup> En este orden de ideas considero que el poder está sometido no solo a la ley y a la Constitución, sino también la ley y la Constitución están sometidas a la CADH respecto de los Estados que sean Parte y también sometidos al acervo convencional.

<sup>71</sup> Véase MARÍA ANGÉLICA GELLI, “El valor de la jurisprudencia internacional. A propósito del caso “Bayarri” en un dictamen de la Procuración General de la Nación en la *Revista Argentina La Ley*, 2010 C, p. 1199. Véase también ROLDÁN OROZCO, OMAR GIOVANNI, *La función garante del Estado constitucional y convencional del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2015.

<sup>72</sup> SAGÜES, NÉSTOR PEDRO, “El Control de Convencionalidad como instrumento para la elaboración de un *ius constitutionale commune interamericano*”, en la obra colectiva *La justicia constitucional y su internacionalización, ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?* ob. cit., p. 467. SAGÜES se refiere a la *Constitución convencionalizada*, es decir, completada por los tratados de derechos humanos, como el Pacto de San José de Costa Rica y por la jurisprudencia de la Corte IDH. Cfr. “Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad”, en la obra colectiva *Derecho constitucional comparado, Homenaje al profesor Rubén Hernández Valle*, Investigaciones Jurídicas, San José de Costa Rica, 2015, p. 116,

<sup>73</sup> SAGÜES NÉSTOR PEDRO, *La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución Nacional a la Constitución Convencionalizada*, 2ª ed., 1ª reimp., Editorial Porrúa, México, 2017, p. 355.

<sup>74</sup> AYALA CORAO, CARLOS, “Sobre el concepto del control de convencionalidad”, en la obra colectiva *Derecho constitucional comparado, Homenaje al profesor Rubén Hernández Valle*, ob. cit., p. 902.

<sup>75</sup> CANCADO TRINDADE, ANTONIO AUGUSTO, “Reminiscencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a su jurisprudencia en materia de reparaciones”, en: ARMÍN VON BOGDANDY, EDUARDO FERRER MAC-GREGOR y MARIELA MORALES ANTONIAZZI (Coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?* Universidad Nacional Autónoma de México, Max-Planck-Institut, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2010, pp. 189-214.

<sup>76</sup> SIERRA PORTO, HUMBERTO, “La Corte Constitucional colombiana frente al control de convencionalidad”, en: ÉDGAR CORZO y JORGE CARMONA TINOCO (Coords.), *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Editorial Tirant lo Blanch, 2013, pp. 427 a 447.

<sup>77</sup> RAMELLI ARTEGA, *Diálogos entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces constitucionales latinoamericanos*, ob. cit., pp. 78 y 79.



En síntesis, mi construcción de la primacía del acervo convencional se afianza en la doctrina que considera la “*primacía*” de la Convención sobre las Constituciones, la “supremacía” o el “primado” del tratado sobre el derecho interno, y se refuerza con la “*prevalencia*” de la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH. En conclusión, la primacía hace de obligatoria aplicación el acervo convencional. Se trata de la compatibilización entre ordenamientos jurídicos: la adecuación normativa del interno con el internacional.

## **1.8. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. GENERALIDADES**

Como se anunció adelante esbozaré el concepto de control de convencionalidad que propondré, comenzando por presentar sus aspectos generales.

### **a) ¿Cuál es el alcance del control de convencionalidad según la jurisprudencia interamericana?**

“Por otra parte, se ha acuñado en la jurisprudencia interamericana el concepto de «control de convencionalidad», concebido como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal”<sup>78</sup>. De esta manera “el ejercicio del control de convencionalidad de un tratado de derechos humanos como la Convención Americana puede en mucho contribuir a asegurar que esta última genere sus efectos propios (*effet utile*) en el derecho interno de los Estados Partes”<sup>79</sup>.

“El control de convencionalidad es una obligación propia”<sup>80</sup> de “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”<sup>81</sup>,

---

<sup>78</sup> Corte IDH. **Caso Gelman contra Uruguay**, supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de la Corte de marzo 20 de 2013, párr. 65.

<sup>79</sup> Voto disidente del Juez Antonio Augusto Cancado Trindade, solicitud de interpretación de sentencia, párr. 45. Corte IDH, **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguados Alfaro y otros) contra Perú**, sentencia de noviembre 30 de 2007.

<sup>80</sup> Corte IDH. **Caso Petro Urrego contra Colombia**. Sentencia de julio 8 de 2020, párr. 107.

<sup>81</sup> Corte IDH, **Caso Cabrera García y Montiel Flores contra México**, Sentencia de noviembre 26 de 2010, párr. 225; **Caso Liakat Ali Alibux contra Surinam**, sentencia de enero 30 de 2014, párr. 115; **Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas contra República Dominicana**, sentencia de agosto 28 de 2014, párr. 311.

“cualquier autoridad pública”<sup>82</sup>, “todos los poderes y órganos estatales”<sup>83</sup>, “todas las autoridades y órganos”<sup>84</sup>, “incluidos los poderes judicial y legislativo”<sup>85</sup> y el ministerio público”<sup>86</sup>, y “la esfera de lo «susceptible de ser decidido» por parte de las mayorías en instancias democráticas”<sup>87</sup> (como el referéndum, el plebiscito y la consulta popular). Así mismo, este deber también se extiende a la justicia transicional colombiana (la JEP) que “*deberá actuar ex officio*”<sup>88</sup> para que aplique el régimen especial de los crímenes internacionales, ejerciendo el control de convencionalidad<sup>89</sup>. El Tribunal para la Paz debe hacer la interpretación *secundum conventionem*<sup>90</sup>, es decir a “la luz de la CADH y de la jurisprudencia de la CIDH”<sup>91</sup> (el *acervo convencional*), de obligatoria aplicación.

## **b) La articulación procesal del control de convencionalidad**

El control de convencionalidad, en mi concepto, se instrumentaliza procesalmente por medio del juicio de convencionalidad que propondré. Se trata de una técnica procesal que tiene por finalidad hacer operativo la **primacía** del *acervo convencional* interamericano y su aplicabilidad para resolver los casos<sup>92</sup> de conflictos normativos de inconvencionalidad que se le presentaran a la justicia transicional colombiana, garantizando el principio prevalente del respeto a la

---

<sup>82</sup> Corte IDH, **Caso Gelman contra Uruguay**, Sentencia de febrero 24 de 2011, párr. 239.

<sup>83</sup> Corte IDH, **Caso Rochac Hernández contra El Salvador**, Sentencia de noviembre 14 de octubre de 2014, párr. 213.

<sup>84</sup> Corte IDH, **Caso La Masacre de Santo Domingo contra Colombia**, Sentencia de noviembre 30 de 2012, párr. 142.

<sup>85</sup> Corte IDH, **Opinión Consultiva OC-21/14**, de agosto 19 de 2014, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en la necesidad de protección internacional”, párr. 31. En conclusión, puedo observar que la Corte IDH comienza vinculando al poder judicial y luego vincula a los poderes legislativo y ejecutivo.

<sup>86</sup> Corte IDH, **Caso Masacres de Rio Negro contra Guatemala**, Sentencia de septiembre 4 de 2012, párr. 262.

<sup>87</sup> Ídem, **Caso Gelman**, párr. 239.

<sup>88</sup> Corte IDH, **Caso Gelman contra Uruguay**, Fondo y Reparaciones, Sentencia de febrero 24 de 2011, párr. 193.

<sup>89</sup> El *deber* de ejercer un control de convencionalidad es una nueva competencia derivada de la jurisprudencia de la Corte IDH para los Estados Parte en la CADH que han aceptado la competencia contenciosa. Se trata de una obligación internacional *de resultado* para todos los jueces: civiles, penales, laborales, agrarios, indígenas, jueces para la paz etc.

<sup>90</sup> La **Corte IDH en el Caso Rosendo Cantú y otra contra México** le indica a los jueces internos cómo deben realizar la interpretación constitucional conforme a los principios jurisprudenciales establecidos por esta Corte, así: “(...) la interpretación del artículo 13 de la Constitución debe ser coherente con los principios convencionales (...)”. “De tal manera, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas (...) se adecúen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal” (Sentencia de agosto 31 de 2010, véanse párrafos 221 a 223). A su vez, la Corte remite al **Caso Radilla Pacheco contra México**, sentencia de noviembre 23 de 2009, párr. 338.

<sup>91</sup> Cfr. Corte IDH, **Caso Nadege Dorzema y otros contra República Dominicana**, Sentencia de octubre 24 de 2012, párr. 211.

<sup>92</sup> Por hechos que sucedieron en el marco del conflicto armado interno.

dignidad intrínseca de la persona humana, principio universal *erga omnes*. El juicio de convencionalidad será otro de los temas centrales del presente capítulo. “Se trata, dicho en forma gráfica, de un punto dentro del marco tutelar procesal”<sup>93</sup> del control de convencionalidad.

Resolviendo el interrogante formulado al inicio ¿cómo los jueces deberían ejercer el control de convencionalidad de las leyes? puedo afirmar que de la misma jurisprudencia se infiere la configuración de un juicio de convencionalidad a desarrollarse por fases para hacer efectivo el control. A continuación explicaré la construcción del juicio de convencionalidad según la jurisprudencia de la Corte para luego verificar su aplicabilidad en la jurisdicción interna de los Estados en la segunda parte del presente capítulo.

## 2. CONSTRUCCIÓN DEL JUICIO DE CONVENCIONALIDAD

La Corte IDH indica que “la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar el control de convencionalidad”<sup>94</sup>. El interrogante es si la jurisprudencia del Tribunal si bien no ha sugerido un modelo, al menos ha dado señales de cómo hacer dicho control. La Corte estableció una directriz procesal para que el poder judicial realice un *juicio* mediante un examen de compatibilidad normativa.

“Para realizar dicho examen la Corte interpreta la norma en cuestión y la analiza a la luz de las disposiciones de la Convención. El resultado de esta operación será siempre un *juicio* en el que se dirá si tal norma es o no compatible con la Convención Americana”<sup>95</sup>.

¿El poder judicial cómo ejercería el juicio para activar el control de convencionalidad?

---

<sup>93</sup> GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, “Garantías judiciales: doble instancia y amparo de derecho fundamentales (arts. 8.2.h y 25 CADH)” en la obra colectiva *La tutela de Derechos Humanos en la jurisdicción interamericana*, Editorial Porrúa, México, 2014, p. 343.

<sup>94</sup> Corte IDH, **Caso Liakat Ali Alibux contra Suriname**, Sentencia de enero 30 de 2014, párr. 124.

<sup>95</sup> Corte IDH, **Caso Las Palmeras contra Colombia**, Excepciones Preliminares, Sentencia de febrero 4 de 2000, párr. 33.

Además, la Corte IDH previó otras directrices procesales que “(...) los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también de «convencionalidad» *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas *competencias* y de las regulaciones *procesales* correspondientes”<sup>96</sup>.

Como se observa jurisprudencialmente la Corte sienta unas directrices de cómo ejercer dicho control: *competencias* y *procedimientos*. La Corte está direccionando un control difuso de convencionalidad en sede interna al referirse a los “órganos judiciales” que deberán cumplir con dicho ejercicio (i); así mismo, establece la activación del control de constitucionalidad o el control de convencionalidad como un *deber ex officio* (ii), lo importante es resolver el conflicto normativo. En mi concepto lo anterior se logra mediante un *examen de confrontación normativo* (examen de compatibilidad) realizable en un juicio que será de convencionalidad y se desarrollará en varias fases. Luego volveré sobre el tema.

¿Cuál sería el alcance de la anterior directriz procesal? Teniendo en cuenta que aún no está resuelto el cómo ejercitar el control de convencionalidad, por conclusión hay que inferirlo de su jurisprudencia<sup>97</sup>, lo que constituye una de las finalidades de mi trabajo tesis doctoral.

¿Cuál sería su aplicabilidad en la jurisdicción interna? Un método sería verificar en las Constituciones de los Estados Parte de la CADH cuáles son las respectivas *competencias* de los órganos del poder judicial para el ejercicio del control de convencionalidad; si es de competencia del poder judicial se procedería a establecer cuáles son las *directrices procesales* correspondientes para ejercer el control. Si tampoco están reguladas estas directrices procesales en la Constitución o en la ley se acudiría a la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales; un buen ejemplo sería la Corte Constitucional de Colombia.

---

<sup>96</sup> Corte IDH, **Caso de Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros)** contra el Perú, Fondo y Reparaciones, Sentencia de noviembre 24 de 2006, párr. 128.

<sup>97</sup> Corte IDH, **Caso Miembros de la Aldea Chichupac y Comunidades vecinas del Municipio de Rabinal**, sentencia de 30 de noviembre de 2016, párr. 289, **Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar)**, Sentencia de noviembre 20 de 2012, párr. 330 y **Caso Masacres de Río Negro**, Sentencia de septiembre 4 de 2012, párr. 262, entre otros; los 3 casos contra Guatemala.

## 2.1. CORTE CONSTITUCIONAL EN DEFENSA DE LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN DE COLOMBIA

En Colombia la Corte Constitucional, por ejemplo, creó un concepto *sui generis* de *bloqueo de constitucionalidad*, en el marco del control *abstracto* de constitucionalidad de las leyes para resolver conflictos normativos entre la ley y la Constitución<sup>98</sup>.

En el evento de que una ley interna sea incompatible con un tratado de derechos humanos, ¿en estricto sentido, dicha Corte ha aplicado el control de convencionalidad de las leyes?, en principio no, porque “no es factible, por la vía del control constitucional abstracto, y en términos generales, declarar la inexecutable de una norma que contradiga un tratado”<sup>99</sup>.

Luego agrega: “(...) el hecho de que se acepte que los tratados internacionales deben ser acatados, no implica que las normas legales contrarias a lo pactado deban ser consideradas inconstitucionales”<sup>100</sup>.

Es claro que la Corte no ejercita el control de *convencionalidad*”<sup>101</sup>.

La Corte es enfática con sus reglas jurisprudenciales: “De esa consideración se siguen las reglas, reconocidas por la Corte Constitucional desde la Sentencia C-400 de 1998, conforme a las cuales (a) **en caso de incompatibilidad entre una norma internacional y una norma constitucional deben preferirse las constitucionales**, activándose en esos casos, (b) un deber de emprender las actividades que se requieran para superar la contradicción entre ambos

---

<sup>98</sup> En el artículo 93 inciso 2 de la Constitución se estableció la interpretación de la Constitución *secundum conventionem* los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado colombiano.

<sup>99</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-358 de 1997.

<sup>100</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-358 de 1997.

<sup>101</sup> La Corte Constitucional activa el juicio de sustitución: “(...) el juicio de sustitución no tiene por objeto constatar una contradicción entre normas”, Sentencia C-141 de 2010. Es añejo el precedente excluyente del control de convencionalidad. En la Sentencia C-941 de 2010 cita la Sentencia C-1189 de 2000, que a su vez remite a la Sentencia C-400 de 1998; dicha jurisprudencia ha sido reiterada en la Sentencia C-269 de 2014. Así mismo con la Sentencia C-111 de 2019, la Corte consideró que “el artículo 23 de la CADH debe interpretarse de manera coherente y sistemática con la Constitución” por lo cual “no se justifica que la Corte Constitucional cambie su precedente”.

ordenamientos”<sup>102</sup> (negritas fuera del texto). El anterior no es un criterio jurisprudencial unánime de la Corte Constitucional.

Al respecto, el Magistrado Alberto Rojas Ríos en una Aclaración de Voto a la reciente Sentencia C-586 de 2016, puso de manifiesto que la misma “Corte Constitucional ejerce control jurídico desde las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Interamericano, *evitando referirse explícitamente al control de convencionalidad*, el que por lo demás, viene siendo ejercido por esta Corte desde hace tiempo, al amparo de la figura del bloque de constitucionalidad”<sup>103</sup>.

Luego agrega el citado magistrado disidente:

“En esos casos se advirtió que la jurisprudencia interamericana y el derecho convencional eran un «*criterio relevante*» para hacer control de constitucionalidad, precisando además en algunos de ellos que «no constituyen referentes autónomos de control de constitucionalidad, de manera que la Corte Constitucional no es juez de convencionalidad»; lo que no es cierto, pues lo que esos fallos y muchos otros evidencian, es que la Corte Constitucional sí es juez de convencionalidad, que aplica el derecho convencional, así se diga que no lo hace y que por lo mismo, ejerce control de convencionalidad desde hace mucho tiempo”<sup>104-105</sup> (resaltado fuera del texto).

Continúo con las directrices procesales señaladas por la Corte IDH. ¿Y los demás órganos del poder judicial colombiano tienen *competencia* para ejercer el control de convencionalidad? Al respecto, el Tribunal Constitucional puntualizó: “Sin embargo, es obvio que corresponde a los jueces ordinarios, en los casos concretos, resolver los eventuales conflictos que puedan surgir entre tratados y leyes”<sup>106</sup>.

---

<sup>102</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-269 de 2014, párrafo 4.2.3.3.

<sup>103</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-586 de 2016, Aclaración de Voto del magistrado Alberto Rojas Ríos.

<sup>104</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-458 de 2015, M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado, párrafo 26, citando la Sentencia C-028 de 2006, M.P.: Humberto Sierra Porto.

<sup>105</sup> Ídem, Sentencia C-586 de 2016, Aclaración de Voto del magistrado Alberto Rojas Ríos.

<sup>106</sup> Ídem, Sentencia C-358 de 1997. Adviértase que no se refiere al control de convencionalidad de las leyes.

La Corte Constitucional colombiana sin referirse al ejercicio del “control de convencionalidad” pretoriamente asignó *competencia* a los jueces ordinarios para resolver casos concretos (hechos) de conflictos normativos entre una norma interna con un tratado internacional del que el Estado sea Parte, como por ejemplo la CADH; de esta forma se abrió una puerta para el ejercicio de un control difuso de convencionalidad de las leyes en la jurisdicción interna.

No obstante, la Corte Constitucional se ha referido a la *primacía* moderada de las normas internacionales en el orden interno: “En todo caso es claro que, por virtud de la prevalencia moderada del derecho internacional, y en aplicación del principio de la interpretación conforme, las normas internas se deben leer de manera tal que su sentido armonice al máximo, no solo con los preceptos del Estatuto Superior, sino también con las obligaciones internacionales que asisten a Colombia”<sup>107</sup>.

Del anterior criterio jurisprudencial, se infiere que la Corte Constitucional no aplica directamente los tratados internacionales. Sin embargo, los jueces tienen competencias en caso de incompatibilidad de normas internas con normas convencionales de resolver el conflicto normativo siguiendo el principio de la interpretación conforme.

¿Y las *directrices procesales* a las que se refiere la Corte IDH? En Colombia aún no se ha expedido una ley de procedimientos para el ejercicio del control de convencionalidad en sede interna. Así mismo, la Corte colombiana a la fecha no ha activado el control de convencionalidad de las leyes.

Lo anterior me permite arribar a una primera conclusión: *La Corte Constitucional no es juez de convencionalidad*<sup>108</sup>, porque la Convención Americana no es Constitución. El Consejo de Estado si aplica dicho control y los jueces ordinarios,

---

<sup>107</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-1189 de 2000 y C-400 de 1998 ídem.

<sup>108</sup> En veinte años con distinta composición de los nueve magistrados que integran la Corte Constitucional se ha construido un precedente judicial que impide realizar una confrontación directa de una disposición legal con un tratado internacional en el marco del control de convencionalidad de las leyes. En ello “la Corte ha sido enfática” según lo expresó la misma Corte en la citada Sentencia C-941. “Las mayorías están consolidadas”, expresó el ex-magistrado de la Corte Carlos Bernal Pulido, en entrevista al diario El Tiempo, agosto 18 de 2020. Por ello, en mi concepto, no se realiza este control en el máximo tribunal intérprete de la Constitución.

como se dijo, tienen competencia para hacerlo. En conclusión, el control de convencionalidad es difuso.

## **2.2. CONSEJO DE ESTADO. LA PRIMACÍA DEL ACERVO CONVENCIONAL EN EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD PARA LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS**

El Consejo de Estado colombiano, *motu proprio* ha aplicado directamente el control de convencionalidad<sup>7</sup> respecto de la reparación integral del daño.

En efecto, el máximo Tribunal de la jurisdicción de lo contencioso administrativo se refiere al “control de convencionalidad [como] un instrumento al servicio del juez de daños para fundamentar el juicio de responsabilidad en casos de violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario”<sup>109</sup>. “El juez de daños como juez de convencionalidad en el ordenamiento jurídico interno, tiene la *facultad* para revisar el cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos”<sup>110</sup>. El control “visto como una técnica estatal, le sirve al juez de daños para ejercer un control objetivo de constatación del cumplimiento de obligaciones internacionales”<sup>111</sup> (resaltado fuera del texto), y luego agrega en otro caso: “[...], en aras de amparar in extenso a una víctima de un conflicto armado interno”<sup>112</sup>.

En cumplimiento de los fines esenciales del Estado (artículo 2 Constitución) el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo habilitó a todos los jueces administrativos (juez de daños) para la “aplicación directa del control de convencionalidad [debiendo] lograr el resarcimiento pleno del perjuicio y, principalmente, la *restitutio in integrum* de los derechos fundamentales conculcados”<sup>113</sup>, y, además, “incorpora[ndo] en su interpretación y aplica[ndo]

---

<sup>109</sup> Sala Plena del Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014, expediente 32988, párr.12, Sentencia de 14 de septiembre de 2011, acción de reparación directa. Hechos: campesinos ejecutados extrajudicialmente por agentes del Estado (los llamados “falsos positivos”). Este precedente se reitera por la misma sala en sentencia de 21 de noviembre de 2018, expediente 47628. Hechos: se trata de unos campesinos “que fueron víctimas de una mina antipersona sembrada por la guerrilla de las FARC que le causó la muerte”.

<sup>110</sup> Ídem, párr. 12.3.

<sup>111</sup> *Ibidem*.

<sup>112</sup> En la misma sentencia de 21 de noviembre de 2018, la sala reitera las características del daño a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, para lo cual el juez administrativo aplica directamente el control de convencionalidad.

<sup>113</sup> Ídem, párr.15.6.2.



directamente **estándares** desarrollados por organismos internacionales de protección de derechos humanos”<sup>114</sup> en la resolución de casos contenciosos administrativos por daños causados al ser humano por violación a sus derechos humanos y graves infracciones al DIH<sup>115</sup>, por hechos (torturas, desapariciones forzadas y ejecuciones sumarias o arbitrarias<sup>116</sup>) ocurridos en el marco del conflicto armado interno en Colombia, cuya calificación podría configurar crímenes internacionales con estatus de *ius cogens* y “ser eventualmente objeto de conocimiento de la justicia internacional”<sup>117</sup>, concretamente de la Corte Penal Internacional<sup>118</sup> (resaltado fuera del texto).

Por su parte, Enrique Gil Botero enumera los casos recientes en los que se aplica jurisprudencia de la Corte IDH y otros casos en que se ejercita el control de convencionalidad siguiendo la línea jurisprudencial del Consejo de Estado<sup>119</sup>. En este orden de ideas se formaliza un diálogo<sup>120</sup> jurisdiccional interamericano entre el Consejo de Estado y la Corte IDH<sup>121</sup>, en el cual convergen la protección *constitucional* de los derechos fundamentales<sup>122</sup> y la reparación integral del daño<sup>123</sup>, interpretando y aplicando directamente la CADH, el DIH y la jurisprudencia interamericana, “pues estas conductas implican la infracción a derechos de personas que no participaron en las hostilidades”<sup>124</sup>, construyendo así una nueva jurisprudencia *administrativa* vinculante en cuanto al daño y a la

---

<sup>114</sup> Ídem, párr. 12.9.

<sup>115</sup> “En cuanto a infracciones graves al DIH se encuentra el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949 relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados”, ídem, 15.6.3 pie de pág. 133.

<sup>116</sup> Son “asesinatos de falsos positivos [que] equivalen a un ataque sistemático y a gran escala contra la población civil”, según la calificación realizada por la Fiscal de la Corte Penal Internacional, ídem, párr.14.12.7.

<sup>117</sup> Ídem, párr. 14.11.

<sup>118</sup> Al respecto el Consejo de Estado cita el Estatuto Penal de Roma, 15.6.3 pie de pág. 133, además transcribe parcialmente el Informe de la Fiscal de la CPI, Situación en Colombia, Reporte Intermedio de 2012 (párrs. 96 y 106) 14.12.7., para la calificación de los hechos ilícitos generadores de responsabilidad del Estado.

<sup>119</sup> GIL BOTERO ENRIQUE, Control de convencionalidad en Colombia, Una experiencia de dialogo judicial, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p.p.202 a 248. Se resumen los casos a partir del caso “Decapitados del Valle”, sentencia del 20 de febrero de 2008 al caso secuestro en Sotará, sentencia del 18 de marzo de 2017.

<sup>120</sup> Un “«diálogo judicial» entre los jueces administrativos y los internacionales, en materia de reparación integral”. Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-649 de 2015.

<sup>121</sup> La Corte IDH cita jurisprudencia del Consejo de Estado y de la justicia transicional en Colombia, véase **caso Órdenes Guerra y otros contra Chile**, sentencia de 29 de noviembre de 2018, párrs. 83 y 98.

<sup>122</sup> Mediante la acción de amparo constitucional.

<sup>123</sup> Por medio de la acción contencioso administrativa de reparación directa del daño antijurídico.

<sup>124</sup> Ídem, párr. 14.11.

protección de los derechos humanos se refiere<sup>125</sup>. Todo para combatir los crímenes internacionales con estatus de *ius cogens*.

Los aportes jurisprudenciales producto del diálogo jurisdiccional en materias de DIDH, DIH y DPI constituyen fuentes del Derecho para la “*interpretación constitucional de las leyes secundum Conventionem*”<sup>126</sup> (artículo 93 Constitución de 1991).

De lo expuesto, una segunda conclusión: El Consejo de Estado es juez de convencionalidad. La JEP y todos los órganos judiciales deben ser juez de convencionalidad<sup>127</sup>.

Los tiempos están cambiando: de la *supremacía* de la Constitución a la *primacía* del acervo convencional (CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH).

### 3. ORIGEN Y ANTECEDENTES DE LA TERMINOLOGÍA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

En primer lugar: ¿de dónde proviene la terminología de control de convencionalidad? Al parecer es de origen francés<sup>128</sup>. Esta terminología la emplea por primera vez el Juez Sergio García Ramírez en su memorable voto concurrente (párr. 27) en el **Caso Myrna Mack Chang contra Guatemala**, sentencia de noviembre 25 de 2003; posteriormente el mismo juez mexicano, en el **Caso Tibi contra Ecuador**, en Sentencia de septiembre 7 de 2004, precisó su contenido en su voto concurrente y razonado (párr. 3), y lo reiteró en el voto razonado (párr. 6) en el **Caso Vargas Areco contra Paraguay**, en Sentencia de

---

<sup>125</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-586 de 2016. En la aclaración de Voto del magistrado Alberto Rojas Ríos se refiere al diálogo jurisprudencial.

<sup>126</sup> GARCÍA ROCA, JAVIER, *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Editorial Civitas y Thomson Reuters, Madrid, 2019, p. 89.

<sup>127</sup> Siguiendo jurisprudencia *constante* interamericana en casos cuyos hechos sucedieron en el marco del conflicto armado interno en Guatemala, por ejemplo, **Caso Miembros de la Aldea Chichupac**, párr. 289 y **caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar)** párr. 330 y **caso Masacres de Río Negro**, párr. 262, entre otros casos.

<sup>128</sup> Cfr. GARCÍA ROCA, *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, ob. cit., p. 73. PACTEAU, B., *Relazione sulla Francia*, en *Atti del Convegno “Principi giuridici e limiti all’ autonomia dei legislatori-profilo internazionali, supranazionali e nazionali”*, Università di Nápoli l’O-rientale, Nápoli, 4 e 5 giugno, 2004, citado por JIMENA QUESADA, LUIS, *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013, p. 25.

septiembre 26 de 2006. La Corte Interamericana, en esta misma fecha, en el **Caso Almonacid Arellano contra Chile** (párr. 124), por primera vez se refirió con nombre propio a dicho control, como se explicó.

El control de convencionalidad es una técnica destinada a verificar por medio del juicio de convencionalidad si las normas que integran el ordenamiento jurídico interno se adecúan o no a las normas internacionales, ejemplo, la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH (el acervo convencional) u otros instrumentos interamericanos. Además, el control de convencionalidad es “una vía que emplean los jueces internacionales para asegurar la vigencia del principio de [primacía] del derecho internacional sobre el interno<sup>129</sup>.”

Con base en la jurisprudencia de la Corte IDH en ejercicio de su competencia contenciosa<sup>130</sup> trataré de articular un concepto de control de convencionalidad en sede internacional<sup>131</sup>.

#### 4. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. CONCEPTO

Según el comportamiento (por acción u omisión) de un Estado en un conflicto normativo (incompatibilidad entre normas) por resolver en un caso contencioso (hechos) en sede internacional:

---

<sup>129</sup> RAMELLI, *Diálogos entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces constitucionales latinoamericanos*, ob. cit., p. 70.

<sup>130</sup> La competencia de la Corte para ejercer el control de convencionalidad, en nuestro concepto, se fundamenta en los artículos 2, 29, 33, 63 y 64 en relación con el artículo 1.1 de la CADH, además tiene su fundamento jurídico en los considerandos 3 y 7 del Preámbulo y en los artículos 26, 27 y 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y en la jurisprudencia inicial de la Corte IDH al examinar los primeros casos (**caso Geny Lacayo contra Nicaragua**, sentencia de 27 de enero de 1985) con posibles conflictos normativos; posteriormente la competencia se consolidó jurisprudencialmente con el **caso Almonacid Arellano contra Chile** cuando a dicho ejercicio le denominó control de convencionalidad. Se aclara que la Comisión es el órgano internacional que por primera vez se refirió a “la compatibilidad de las leyes y el Decreto con la Convención”, en los famosos casos argentinos relacionados con las leyes de obediencia debida y ley de punto final. Comisión IDH. Informe Definitivo N° 28/92, de octubre 2 de 1992. Alicia Consuelo Herrera y otros contra Argentina, Casos N° 10.147, 10.181, 10.262, 10.309 y 10.311, párr. 30. En este Caso la Comisión había expedido el Informe Preliminar N° 34/92 de octubre 4 de 1991; son importantes decisiones (precedentes) de la CIDH. En conclusión, en un Informe de la Comisión se gestó lo que posteriormente se denominaría el control de convencionalidad de las leyes. En estos términos la Comisión ejerce un control cuasi-judicial.

<sup>131</sup> El concepto que humildemente propongo se origina en el libro de mi autoría titulado *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, 2008, editorial Porrúa, p.p.46 y 47. Concepto que he venido modificando y se actualiza en el presente trabajo doctoral incorporando el juicio de convencionalidad como nueva propuesta.

El *Control de Convencionalidad* en sentido estricto es un mecanismo de protección procesal internacional que ejerce la Corte IDH<sup>132</sup> en el evento de que cualquier norma del ordenamiento jurídico interno<sup>133</sup> (constitución, reforma constitucional, ley, actos administrativos, jurisprudencia, prácticas administrativas o judiciales), sea incompatible (conflicto normativo sustantivo, directo e inmediato) con la CADH u otros instrumentos interamericanos<sup>134</sup> y con la jurisprudencia de la Corte (*acervo convencional*), en un caso contencioso (hechos probados<sup>135</sup>) en el cual la Corte realiza un *examen de confrontación normativo* de cualquier norma interna frente al *acervo convencional*, mediante el parámetro de convencionalidad<sup>136</sup> y estableciendo un conflicto normativo (una antinomia)<sup>137</sup> resuelve el caso.

---

<sup>132</sup> Se trata de un control judicial que ejerce la Corte. “La Corte Interamericana de Derechos Humanos es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” artículo 1 del Estatuto de la Corte.

<sup>133</sup> “Toda norma jurídica es susceptible de ser sometida a examen de compatibilidad”, Corte IDH, **Caso Las Palmeras contra Colombia**, sentencia de excepciones preliminares, de 4 de febrero de 2000, párr. 32. ¿Quiere decir que serían objeto del control las normas constitucionales que gozan de supremacía y jerarquía constitucionales? La respuesta es positiva. Por ejemplo, la Corte IDH en uno de los cinco casos que ha resuelto realizó dicho ejercicio. En el **Caso de Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas contra. República Dominicana**, sentencia de 28 de agosto de 2014, en la parte resolutive de la sentencia (numeral 19) le ordenó al Estado adoptar “las medidas necesarias para dejar sin efecto toda norma de cualquier naturaleza, sea ésta constitucional (...)”. Esta es la *ratio decidendi* de la sentencia que impone un deber internacional de adecuar la Constitución a la CADH, párr. 469 y numeral 19, ídem.

<sup>134</sup> En algunos casos la Corte IDH ha interpretado y aplicado otros “instrumentos interamericanos” que forman parte del DIDH; veamos el más reciente. “La Corte considera útil y apropiado interpretar la Convención Americana, teniendo en cuenta otros tratados del Derecho Internacional Humanitario y el Derecho penal internacional, habida consideración de su especificidad en la materia”. cfr. **Caso Miembros de la Aldea Chichupac y Comunidades vecinas del Municipio de Rabinal contra Guatemala**, sentencia de 30 de noviembre de 2016, párrafos 31. En este caso, la Corte utilizó la expresión “instrumentos interamericanos” párrafos. 215 y 262 y al conceptualizar el control de convencionalidad enumera tres convenciones interamericanas (además de la CADH) en el párrafo 289 conformando un nuevo parámetro de convencionalidad. Y obsérvese que en la parte resolutive de la sentencia declaró la violación de tres los “instrumentos interamericanos”. Al respecto, la nota al pie de página del párr. 289 de esta sentencia remite al caso Masacres de Río Negro, párr. 262. En el mismo sentido en el párr. 330 del caso **Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”)**. En mi concepto, el artículo 3 Común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional II a los cuatro Convenios, “como elementos podrían integrar un parámetro de interpretación convencional. Además, la Corte al invocar la denominación “instrumentos interamericanos”, en mi opinión, lo hace como parámetro de convencionalidad. MANILI, considera que de la jurisprudencia de la Corte se deduce la aplicabilidad de un parámetro de convencionalidad, cfr. El bloque de constitucionalidad, ob. cit. p. 343. La triada de casos laborales Lagos del Campo, Trabajadores Cesados de Petroperú y otros y ahora el caso San Miguel y otras, “permiten delinear una serie de estándares que se deben tener en consideración en los ejercicios de control de convencionalidad en sede interna”, **caso San Miguel Sosa contra Venezuela**, sentencia de 8 de febrero de 2018, párr. 27.

<sup>135</sup> Los hechos pueden haber sucedido en tiempo de paz o en el marco de un conflicto armado interno. Si los hechos del caso ocurrieron en este marco, la Corte examina las graves violaciones a los derechos humanos e infracciones graves al DIH.

<sup>136</sup> Adelante se expondrá el concepto del parámetro de convencionalidad y su clasificación.

<sup>137</sup> Se aclara que el conflicto normativo (la antinomia) se presenta exclusivamente entre normas jurídicas, norma nacional vs. norma internacional; de dicho examen de confrontación se excluyen las sentencias judiciales, por tanto, estas no serán objeto del control de convencionalidad. FIX ZAMUDIO y VALENCIA CARMONA no incluyen las sentencias, ob. cit., p. 17. En el mismo sentido CANOSA USERA, ob. cit., p. 25. También, el conflicto podría ser entre la jurisprudencia interna y la jurisprudencia interamericana, que luego explicaré.

Este mecanismo de protección procesal tiene por finalidad la aplicación del *acervo convencional* al momento de resolver el caso (los hechos); para lo cual la Corte dicta la sentencia declarativa y de condena y le ordena al Estado Parte en la Convención u otros instrumentos interamericanos la derogación, modificación, reforma o anulación de las normas internas, o la adecuación de la jurisprudencia o de las prácticas internas al *acervo convencional*; por tanto, el Estado deberá adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos convencionales, en el marco del deber internacional de adecuación normativa (artículo 2, CADH). En esta hipótesis, el Estado asume una conducta por acción.

Excepcionalmente el *control de convencionalidad* también lo podría realizar la Corte cuando el Estado incumpliera indefinidamente el deber internacional de adecuación normativa (artículo 2, CADH), a partir del momento en que se hizo Parte en la Convención u otros instrumentos interamericanos, es decir que se presentaría una clara y absoluta omisión<sup>138</sup> de producción normativa en el ordenamiento jurídico interno (ejemplo, no se dictan normas constitucionales, legales o actos administrativos) que garantice el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos convencionales (arts. 3 a 25 de la Convención); por consiguiente, y en el evento de la omisión la Corte resolvería el caso y en la sentencia declarativa y de condena le ordenaría al Estado adoptar las medidas legislativas o de otro carácter, por ejemplo que expidiera una reforma constitucional, una ley, un acto administrativo, etc., o adoptara jurisprudencia compatible con la jurisprudencia de la Corte<sup>139</sup>.

En esta segunda hipótesis, el Estado asume una conducta por omisión.

---

<sup>138</sup> Podría hablarse de omisión de inconventionalidad. **Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros contra Honduras**, sentencia de octubre 8 de 2015, párrs. 199 y 278. Véase CANOSA USERA, ob. cit., p. 25.

<sup>139</sup> Véase FIX ZAMUDIO y VALENCIA CARMONA, *Las reformas en derechos humanos, procesos colectivos y amparo*, ob. cit., p. 16. Los citados autores precisan un concepto de control de convencionalidad.

“La inconvencionalidad por omisión importa la renuencia del Estado a cumplir sus obligaciones internacionales”<sup>140</sup>, “derivadas de inactividades legislativas”<sup>141</sup>. En similar sentido se afirma que el control de convencionalidad “debe abarcar a las omisiones estatales que contraríen y obturen [el] objeto y fin de la CADH” [esto es que] “abarque también a las pretericiones estatales que resulten contrarias a la CADH”<sup>142</sup>. La omisión se materializaría cuando el Estado no ejerce el poder legislativo para garantizar el goce de los derechos convencionales; no expide las “disposiciones de derecho interno” (artículo 2 de la CADH) y luego suceden los hechos en un caso concreto.

Por todo lo anterior, podemos considerar que el objeto del control de convencionalidad es garantizar la **primacía** de la CADH u otros instrumentos interamericanos y la jurisprudencia de la Corte (*acervo convencional*).

Por otra parte, como se expresó, el control se instrumentaliza por medio del *juicio de convencionalidad* para hacer operativa la primacía del acervo convencional; *juicio* compuesto por fases que explicaré adelante.

El anterior podría ser un concepto de control de convencionalidad siguiendo la construcción jurisprudencial de la Corte IDH.

#### **4.1. CARACTERIZACIONES PROCESALES GENERALES DEL CONCEPTO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD**

Valga la pena ampliar los contenidos de los siguientes elementos conceptuales del control de convencionalidad. ¿Quién resolverá el conflicto normativo?, “la respuesta dependerá de si la proporciona [el] Estado Parte en la Convención o la Corte”<sup>143</sup> y la respuesta permitirá la clasificación del control.

---

<sup>140</sup> SAGÜÉS NÉSTOR PEDRO, “La inconvencionalidad por omisión. Enfoques y perspectivas”, en la obra colectiva del mismo autor *La interpretación judicial de la Constitución. De la constitución nacional a la Constitución convencionalizada*, segunda edición, Editorial Porrúa, México, 2017, p. 376.

<sup>141</sup> RAMELLI ARTEGA, *Diálogos entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces constitucionales latinoamericanos*, ob. cit., p. 124.

<sup>142</sup> BAZAN, VÍCTOR, *Inconstitucionalidad e inconvencionalidad por omisión*, La Ley, Buenos Aires, diciembre 20 de 2016, T 2017-A, pp. 1, 8, 19 y 21.

<sup>143</sup> VIO GROSSI, EDUARDO, “El control de convencionalidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2018, DR Konrad Adenauer Stiftung e. V, Bogotá.

Si lo realiza la Corte IDH se trata de un control ejercido por un Tribunal con jurisdicción<sup>144</sup> y competencia para *interpretar* y *aplicar* la CADH y algunos instrumentos interamericanos<sup>145</sup>; por ello, le denomino control de convencionalidad en sede internacional y lo será en sede nacional si lo realiza el Estado. El control debe activarse en concreto<sup>146</sup>, porque se requiere de la existencia de un caso concreto (los hechos) por resolver un conflicto normativo (la antinomia). Al respecto “la Corte señaló que su competencia contenciosa no tiene por objeto la revisión de las legislaciones y jurisprudencia nacional en «abstracto», y por tanto no se pronunció sobre esas solicitudes”<sup>147</sup>. En otras palabras, el Tribunal resuelve el conflicto normativo ejerciendo el control de convencionalidad “para asegurar la vigencia del principio de [primacía] del derecho internacional sobre el derecho interno”<sup>148</sup>, en el caso concreto.

Otro aspecto por destacar es el siguiente: “(...) la Corte reitera que si bien la Convención Americana sólo le ha atribuido competencia para determinar la compatibilidad de (...) normas de los Estados con la propia Convención y *con las disposiciones de otros tratados o normas consuetudinarias* (...). En este caso, [utiliza] el Derecho Internacional Humanitario como norma de interpretación

---

<sup>144</sup> Como se enunció la Corte es una institución judicial autónoma, cfr. artículo 1 del Estatuto de la Corte.

<sup>145</sup> Se requiere que el Estado sea Parte en la CADH y/o en otros instrumentos interamericanos y, además, que haya aceptado la competencia contenciosa de la Corte.

<sup>146</sup> ¿Podría realizarse un control de convencionalidad de normas en “abstracto”? “Al respecto, la CIDH recuerda lo que ha venido señalando desde su Informe [Democracia y Derechos Humanos en Venezuela, 30 de diciembre de 2009, párr. 331] respecto a que en Venezuela tanto la norma constitucional como la ley de delegación han omitido establecer los límites necesarios para que exista un verdadero control de la facultad legislativa del poder ejecutivo, no existiendo un mecanismo que posibilite una correlación equilibrada del poder público como garantía para la vigencia de los derechos humanos. Al permitirse delegaciones legislativas en términos demasiados amplios, que pueden incluso referirse a materias penales, se afecta el principio de legalidad necesario para realizar restricciones a los derechos humanos” (lo resaltado fuera del texto). Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Capítulo IV. Desarrollo de los derechos humanos en la región, 2012, párr. 508. Se observa cómo la Comisión trata de hacer un examen de confrontación normativa entre la norma constitucional y la ley de delegación frente al principio de legalidad consagrado en el artículo 9 de la Convención Americana, para concluir que las omisiones normativas internas afectan (entiéndase violan) el principio de legalidad, sin referirse a víctimas determinadas y a un caso en concreto. Podríamos afirmar que también se trata de un control de convencionalidad en “abstracto” de la Constitución de Venezuela.

<sup>147</sup> Cfr. **Corte IDH. Caso Quispialaya Vilcapoma contra Perú**, Sentencia de noviembre 23 de 2015 párr. 156; **Caso López Lon contra Honduras**, Sentencia de octubre 5 de 2015, párr. 307; **Caso Instituto de Reeducación del Menor contra Paraguay**, Sentencia de septiembre 2 de 2004, párr. 214; **Caso Manuel Cepeda Vargas contra Colombia**, Sentencia de mayo 26 de 2010, párrs. 51 y 52; **Caso Vélez Loor contra Panamá**, Sentencia de noviembre 23 de 2012, párr. 285, y **Caso Mohamed contra Argentina**, Sentencia de noviembre 23 de 2012, párr. 162. Corte IDH y Ministerio Público Fiscal, cfr., *Diálogos, El impacto del Sistema Interamericano en el ordenamiento interno de los Estados*, ob. cit., p. 32.

<sup>148</sup> RAMELLI ARTEGA, *Diálogos entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces constitucionales latinoamericanos*, ob. cit., p. 70.

complementaria a la normativa convencional (...)"<sup>149</sup>. Obsérvese que sólo se refiere a la interpretación y no a la aplicación del DIH, para resolver casos, cuyos hechos sucedieron en el marco de un conflicto armado interno.

También será objeto del control de convencionalidad la jurisprudencia constitucional<sup>150</sup>. Se trata del denominado control de convencionalidad jurisprudencial.

“De tal modo, el control de convencionalidad es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención”<sup>151</sup>.

Obsérvese que no es una mera discrecionalidad es una *obligación* no sólo a cargo del poder judicial sino también vincula a “todo poder, órgano o autoridad del Estado” para que ejerzan el control de convencionalidad. ¿Y cómo se cumple eficazmente con la obligación y qué aplica? La *primacía* del acervo convencional (la CADH y la jurisprudencia).

#### 4.2. CLASIFICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Un sector de la doctrina está imponiendo la dicotomía control de convencionalidad concentrado y control de convencionalidad difuso. La terminología parece “perturbadora”<sup>152</sup>. No es el vocablo apropiado para afirmar que la Corte IDH en exclusiva no ejerce un control de convencionalidad *concentrado*, por cuanto el Comité de Derechos Humanos de la ONU también tiene competencia para confrontar una norma interna aplicada con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y declararla incompatible<sup>153</sup>. En el

---

<sup>149</sup> Corte IDH, **caso Masacre de Santo Domingo contra Colombia**, sentencia de noviembre 30 de 2012, párr. 24. **Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de justicia) contra Colombia**, sentencia de noviembre 14 de 2014, párr. 39.

<sup>150</sup> Véase, RAMELLI ARTEAGA, *Diálogos entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces constitucionales latinoamericanos*, ob. cit., 78.

<sup>151</sup> Corte IDH, **Caso Gelman contra Uruguay**, supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de la Corte de marzo 20 de 2013, párr. 72. Jurisprudencia reiterada en el caso Petro Urrego contra Colombia, párr. 107, citado anteriormente.

<sup>152</sup> CANOSA USERA, *El Control de convencionalidad*, ob. cit., p. 30.

<sup>153</sup> El Comité de Derechos Humanos (un órgano cuasi-judicial), que para establecer su competencia verifica si la víctima ha agotado los recursos de jurisdicción interna, con la resolución de un caso concreto (hechos). Como en el Sistema Interamericano, también se aplica en el Sistema Universal (ONU) el principio de subsidiariedad, dos sistemas de control internacional del cumplimiento de las obligaciones internacionales.



caso Hugo Rodríguez contra Uruguay donde el Comité de Derechos Humanos de la ONU argumentó que “leyes tales como la Ley núm.15.848 de caducidad de la pretensión punitiva del Estado<sup>154</sup>, son incompatibles con las obligaciones de todo Estado Parte de [dicho] Pacto”<sup>155</sup>, dictamen obligatorio, ya que forma parte de la obligación general de cumplimiento de *buena fe* de las obligaciones derivadas de la ratificación de los tratados internacionales (Convención de Viena, de 1969, artículo 26 *pacta sunt servanda*).

Se podrían construir otras clasificaciones del control de convencionalidad<sup>156</sup>. No obstante, insisto en la clasificación (propuesta en 2008), de: control de convencionalidad en sede internacional y control de convencionalidad en sede nacional<sup>157</sup>.

A continuación explicaré los elementos básicos del concepto de control de convencionalidad que humildemente he propuesto, aplicable en sede internacional o en sede nacional.

## 5. OPERATIVIDAD DE LA PRIMACÍA DEL ACERVO CONVENCIONAL

Volvamos al citado caso Almonacid Arellano, para destacar el segundo deber que la Corte IDH le impuso a los Estados Parte en la CADH:

“(…) En esta tarea [de ejercer el `control de convencionalidad], el Poder Judicial **debe** tener en cuenta no solamente el tratado, sino también **la interpretación**

---

<sup>154</sup> Como su nombre lo indica es una ley de renuncia (equivale a caducidad) de la persecución penal (equivalente a pretensión punitiva).

<sup>155</sup> Comité de Derechos Humanos, Dictamen CCPR/C/51/D/322/1988. Dictamen de agosto 9 de 1994, p. 124.

<sup>156</sup> Con fundamento en el citado caso Petro Urrego contra Colombia (párrs. 104 y 107) propongo una clasificación instrumentalizadora del control de convencionalidad que podría ser la siguiente: control *complementario* de convencionalidad en sede internacional (en la Corte IDH, un control judicial, o en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –en adelante CIDH– un control cuasi-judicial), y control *primario* de convencionalidad en sede nacional (todos los jueces, cualquier autoridad pública, todos los poderes y órganos del Estado), el cual se subdividiría en dos: un control judicial y un control no judicial (el que ejercería la administración pública cuando inaplique actos administrativos inconvencionales), o el Congreso en los trámites de proyectos de ley o reformas constitucionales. En el desarrollo del presente trabajo sólo me referiré a la primera clasificación del control judicial en sede internacional (la Corte), para argumentar la explicación del *juicio de convencionalidad*, porque en este escenario judicial se ha construido la jurisprudencia *constante* que ha consolidado el control de convencionalidad, con particular referencia a la interpretación y aplicación de la CADH y otros tratados interamericanos.

<sup>157</sup> Véase el libro de mi autoría titulado *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, en el que, además, me referí a la **supremacía** de la CADH, ob. cit., p. 84.

que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”<sup>158</sup> (subrayado y resaltado en cursivas fuera del texto).

En otras palabras, el Tribunal Interamericano le asignó al poder judicial el deber de tener en cuenta su jurisprudencia<sup>159</sup>, por ser el intérprete último de la CADH. “[L]a Corte IDH exige a todos los jueces ordinarios, incluidos los constitucionales, que apliquen de preferencia el texto de la CADH y la jurisprudencia interamericana”<sup>160</sup>. En efecto, “la evolución de la jurisprudencia denota un notorio avance en la aplicación directa, operatividad y obligatoriedad tanto de los instrumentos internacionales como de la jurisprudencia de la Corte IDH”<sup>161</sup>.

Al respecto, el juez de la Corte IDH EDUARDO FERRER MAC-GREGOR, expresa lo siguiente: “(...) la obligación de aplicar la CADH y la jurisprudencia convencional proviene directamente de la jurisprudencia de la Corte IDH como un «deber» hacia todos los jueces nacionales. Se trata, por supuesto, de una interpretación constante sobre la interpretación”<sup>162</sup> (se resalta la jurisprudencia constante).

De la obligatoriedad de la jurisprudencia y de la obligatoriedad de la CADH deviene la operatividad de la *primacía* del acervo convencional.

Corrobora JUAN CARLOS HITERRS: “En lo que hace a la naturaleza de las sentencias de la Corte, digamos que son obligatorias (art. 68.1 CADH), sus pronunciamientos son vinculantes para los litigantes”<sup>163</sup>, repito, porque es una jurisprudencia obligatoria.

---

<sup>158</sup> Corte IDH, **Caso Almonacid Arellano contra Chile**, Fondo y Reparaciones, Sentencia de septiembre 26 de 2006, párr. 124.

<sup>159</sup> “Por Jurisprudencia debe comprenderse toda interpretación que la Corte IDH realice de la Convención Americana, sus Protocolos adicionales, y a otros instrumentos internacionales de la misma naturaleza, materia de competencia del Tribunal Interamericano”, FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en la obra colectiva *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Fundap, México, 2012, p. 153.

<sup>160</sup> RAMELLI ARTEAGA, ob. cit., p. 78.

<sup>161</sup> MANILI, *El bloque de constitucionalidad*, ob. cit., pp. 343, 344 y 345.

<sup>162</sup> FERRER MAC-GREGOR, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, ob. cit., p. 136.

<sup>163</sup> HITERRS, JUAN CARLOS, “Los efectos en el derecho interno de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en la obra colectiva *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Coordinadores CORZO SOSA, EDGAR, CARMONA TINOCO, JORGE ULISES y SAAVEDRA ALESANDRI, PABLO), Tirant lo Blanch, México, 2013, pp. 282 y 317.

EZEQUIEL MALARINO critica la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH en los siguientes términos: “Argumenta [la Corte IDH] que los tribunales nacionales deben seguir su jurisprudencia, porque ella es «interprete ultima de la Convención Americana», el hecho de que la Corte sea la autoridad final en el sistema interamericano (siendo sus sentencias definitivas y no revisables: art. 67 de la CADH) no apoya la conclusión de que las autoridades estén obligadas a seguir su jurisprudencia al aplicar la CADH en los procesos internos, pues la cuestión de la obligatoriedad de la jurisprudencia es diferente de la cuestión de la definitividad e irrevocabilidad de una decisión [...] la doctrina del caso no es necesariamente obligatoria para otros casos y otros tribunales. Para que esto sea así el sistema debe contar con una regla adicional que establezca el carácter vinculante de los precedentes (*stare decisis et quia non movetur*) y esta regla no existe en el sistema interamericano”<sup>164</sup>. La argumentación es formalista. Las dos convenciones la europea y la americana han ido mucho más allá de las reglas escritas de forma pretoriana caso (hechos) a caso (hechos).

A la anterior crítica se suma otro argumento contrario a la aplicabilidad del acervo convencional y precisamente proviene de la Corte Constitucional de Colombia<sup>165</sup>. Las dos críticas tienen un enfoque estatista, que no comunica los dos ordenamientos en relación, con claro desconocimiento de principios del Derecho internacional.

“La primacía de los tratados internacionales ha sido siempre la posición defendida por la más alta jurisdicción internacional”<sup>166</sup>.

En conclusión, la primacía del acervo convencional por su esencia se impone porque va ligado al principio *pacta sunt servanda* y por tanto es de obligatorio

---

<sup>164</sup> MALARINO EZEQUIEL, “La obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología* (2), Buenos Aires, 2014, pp. 102 y 112. El autor reitera su argumento en “Las víctimas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en la obra colectiva *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva* (Directoras ALICIA GIL GIL y ELENA MACULAN), Editorial Dykinson, Madrid, 2017, pp. 36 y 37.

<sup>165</sup> “Así, en el marco de un examen de constitucionalidad, la Corte [Constitucional] tiene un deber hermenéutico adicional que le impide adoptar de forma automática los criterios desarrollados por la jurisprudencia de la Corte IDH (...). Salvamento de Voto de la magistrada Martha Victoria Sánchez Méndez en la Sentencia C-729 de 2014 de la Corte Constitucional de Colombia.

<sup>166</sup> MANGAS MARTÍN y LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, ob. cit., p. 387.

cumplimiento. De lo contrario el Estado podría incurrir en responsabilidad internacional al no aplicar el acervo convencional en la resolución de casos, cuyos hechos son similares al caso resuelto por la Corte IDH.

En lo que si tiene razón EZEQUIEL MALARINO es en lo siguiente: El “parámetro para la determinación de la `convencionalidad` de una disposición del derecho interno no sólo sería la CADH, sino también la jurisprudencia de la Corte IDH”<sup>167</sup>. En otras palabras, el autor relaciona el acervo convencional con el parámetro para ejercer el control de convencionalidad<sup>168</sup>.

Observemos cómo el *acervo convencional* fungirá como *parámetro de convencionalidad* para el ejercicio del control de convencionalidad por parte del Tribunal Interamericano para resolver los casos contenciosos<sup>169</sup> construyendo una nueva jurisprudencia<sup>170</sup>. Luego lo explicaré.

Por otra parte, debemos recordar que la AG de la OEA ha adoptado además de la CADH nueve Convenciones que la jurisprudencia ha denominado “*instrumentos interamericanos*”<sup>171</sup>, de modo que el citado acervo convencional se amplía con nueve Convenciones y el parámetro de convencionalidad también.

Acrescentado el *acervo convencional* con nuevos instrumentos se puede denominar de la siguiente forma.

---

<sup>167</sup> MALARINO EZEQUIEL, “Las víctimas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en la obra colectiva *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, ob. cit., p. 36.

<sup>168</sup> Véase RAMELLI ARTEAGA, *Diálogos entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces constitucionales latinoamericanos*, ob. cit., p. 78.

<sup>169</sup> Especialmente me referiré a casos cuyos hechos han sucedido en el marco del conflicto armado interno.

<sup>170</sup> Por *jurisprudencia* de la Corte recordemos que es la que proviene de las sentencias (de excepciones preliminares, de fondo, de reparaciones, de interpretación) en los casos contenciosos, Resoluciones de la supervisión de cumplimiento de sentencias; las Opiniones Consultivas y las Resoluciones de las medidas provisionales. Véase JORGE ULISES CARMONA TINOCO, “La recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos en el ámbito interno. El caso de México”, en la obra colectiva *Recepción nacional del Derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de derechos humanos* (coordinadores SERGIO GARCÍA RAMÍREZ y MIREYA CASTAÑEDA HERNÁNDEZ), México, UNAM, 2009, pp. 245 a 290). Jurisprudencia que forma parte del acervo convencional.

<sup>171</sup> Corte IDH, caso Heliodoro Portugal contra Panamá, párr. 180 y caso Miembros de la A Chichupac contra Guatemala, párrs. 31, 215 y 262.

## 6. EL ACERVO CONVENCIONAL DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

El acervo convencional se integra por nueve *instrumentos interamericanos* que son Convenciones y en su conjunto conforman el que denominamos acervo convencional del Sistema Interamericano de Derechos Humanos<sup>172</sup> (en adelante *acervo convencional interamericano*<sup>173</sup>) y en el orden de entrada en vigor son:

- a) La Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>174</sup> (1969), en vigor a partir del 18 de julio de 1978.
- b) La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura<sup>175</sup> (1985), en vigor a partir del 28 de febrero de 1987.
- c) El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena muerte<sup>176</sup> (1990), en vigor a partir del 28 de agosto de 1991.
- d) La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer o “Convención de Belém do Pará”<sup>177</sup> (1994), en vigor a partir del 5 de marzo de 1995.
- e) La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas<sup>178</sup> (1994), en vigor a partir del 28 de marzo de 1996.

---

<sup>172</sup> Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Universalización del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Consideraciones sobre la ratificación universal de la Convención Americana y otros tratados interamericanos de derechos humanos*, Washington, 2014, pp. 9, 15, 16 y 53.

<sup>173</sup> El *acervo convencional* interamericano es un conjunto de instrumentos (Convenciones) que podrían integrar *parámetros de convencionalidad*, según los hechos de los casos. Estas y las que siguen son las denominaciones que utilizo en el presente trabajo para explicar la interpretación y la *aplicabilidad* de algunas Convenciones interamericanas al activar la Corte el *control de convencionalidad* por medio de un *juicio de convencionalidad*, aclarando que no todas las Convenciones son aplicables, como se explicará con las distintas formas de parámetros utilizables para resolver los casos, repetimos, según que los hechos sucedan en tiempo de paz o en el marco del conflicto armado interno.

<sup>174</sup> El artículo 62 asigna competencia contenciosa a la Corte para interpretar y aplicar la CADH. La Corte resuelve caso (hechos) a caso (hechos).

<sup>175</sup> El artículo 8 asigna competencia a las instancias internacionales.

<sup>176</sup> Ninguna norma le asigna competencia a la Corte para la interpretación y aplicación del Protocolo.

<sup>177</sup> El artículo 12 sólo asigna competencia a la Comisión Interamericana de derechos humanos para conocer de *peticiones* por violaciones al artículo 7 de la convención.

<sup>178</sup> El artículo XIII asigna competencia a la Comisión y a la Corte Interamericanas de derechos humanos para conocer de *Peticiones* por desaparición forzada de personas, incluso para solicitar *medidas cautelares* a la Comisión.

- f) Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de derechos económicos, sociales y culturales, “Protocolo de San Salvador”<sup>179</sup> (1988), en vigor a partir del 16 de noviembre de 1999.
- g) Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad (1999), en vigor a partir del 14 de septiembre de 2001.
- h) Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores (2015)<sup>180</sup>, en vigor a partir del 11 de enero de 2017.
- i) Convención Interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia (2013), en vigor a partir del 11 de noviembre de 2017<sup>181</sup>.
- j) Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia (2013), que a la fecha no ha entrado en vigor<sup>182</sup>

Por otra parte, se integra un *acervo convencional universal* con algunos instrumentos que conforman el Sistema Universal de Derechos Humanos que GARCÍA ROCA llama *Convenciones de Naciones Unidas*<sup>183</sup> y son:

- a) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su protocolo facultativo, en vigor a partir de 23 de marzo de 1976.
- b) Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, en vigor a partir de 27 de febrero de 1991.
- c) Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados, en vigor a partir de 24 de julio de 2005<sup>184</sup>.

---

<sup>179</sup> Recordemos que solo son justiciables algunos de los derechos sindicales (art. 8, literal a) y el derecho a la educación (art. 13), según el artículo 19 del Protocolo. El derecho a la educación por primera vez se declaró violado en el **Caso Gonzáles Lluy y otros contra Ecuador**, en la Sentencia de septiembre 1° de 2015, párrs. 230 a 291. Véanse los votos de los jueces Sierra Porto y Ferrer Marc-Gregor.

<sup>180</sup> El Estado colombiano a la fecha no la ha ratificado.

<sup>181</sup> Como se observó las nueve Convenciones enumeradas están en vigor.

<sup>182</sup> Dos convenciones interamericanas establecen el deber de investigar, juzgar y sancionar crímenes internacionales: La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura artículos 1 y 8, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, artículos I, literal b) y VII, y la “Convención de Belém do Pará”, artículo 7, literales b) y f), establece el deber de investigar las violaciones a los derechos humanos de la mujer.

<sup>183</sup> GARCÍA ROCA, *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, ob. cit., p. 73.

<sup>184</sup> En el primer capítulo cité los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, Convención de las Naciones Unidas para Prevención y la Sanción del delito de genocidio, Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, Convención sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanos

“Todas estas normas configuran un amplio *parámetro universal* para el reconocimiento y garantía de los derechos”<sup>185</sup>, bajo la cobertura del Estatuto Penal de Roma que tipificó los crímenes internacionales con estatus de *ius cogens*.

Con fundamento en un *acervo convencional interamericano* configurado me ocupo de la construcción del parámetro de la convencionalidad con la concurrencia de tres factores, en sede internacional.

## 7. CONCURRENCIA DE FACTORES EN LA CONFIGURACIÓN DEL PARÁMETRO DE CONVENCIONALIDAD

Como se advirtió de las nueve Convenciones interamericanas en vigor solo cinco<sup>186</sup> fungirían como parámetro de convencionalidad dependiendo de la concurrencia de tres factores, a saber: i) que los Estados sean Parte en dichas Convenciones; (ii) que la Corte tenga competencia *ratione materie* para *interpretar y aplicar* tales instrumentos<sup>187</sup> (iii), y que éstas se hallen en vigor para la época en que ocurrieron los hechos.

Si falta alguno de estos factores no se podría integrar el parámetro de convencionalidad y por ende la Corte IDH no activaría el control de convencionalidad. Con base en estos factores adelante presentaré una clasificación de los parámetros de convencionalidad.

---

o Degradantes, Protocolo Adicional I y Protocolo Adicional II a los cuatro Convenios de Ginebra, la Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas y el ER que en conjunto conforman las *Convenciones de Naciones Unidas*.

<sup>185</sup> GARCÍA ROCA, *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, ob. cit., p. 73.

<sup>186</sup> El *acervo convencional* interamericano se integraría así: Convención Americana sobre derechos humanos. La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. “Convención de Belém Do Pará”. “Protocolo de San Salvador”. La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Se excluye de los parámetros, el Protocolo Adicional de la CADH relativo de abolición de la pena de muerte, porque la Corte IDH no tiene competencia *ratione materiae* para aplicarlo, según se infiere de sus disposiciones.

<sup>187</sup> “Es la aplicación de la Convención Americana y de otros tratados que le otorguen competencia”, Corte IDH, **caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña contra Bolivia**, Sentencia de septiembre 1° de 2010, p. 199.

## 8. EL ACERVO CONVENCIONAL INTERAMERICANO COMO PARÁMETRO DE CONVENCIONALIDAD

Adoptando el criterio doctrinal según la cual “el CEDH y la jurisprudencia del TEDH se erigen en parámetro”<sup>188</sup> y retomado por un juez que argumentó que “el parámetro del control es el Pacto de San José y la jurisprudencia de la Corte IDH que la interpreta”<sup>189</sup>, puedo afirmar que el acervo convencional (CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH) fungiría como *parámetro de convencionalidad* para el ejercicio del control de convencionalidad, en sede internacional.

Adicionalmente debo aclarar que la Corte ha expresado que: “(...) la Convención puede ser interpretada en relación con otros instrumentos internacionales”<sup>190</sup>. Se está refiriendo a los Convenios de Ginebra de 1949 “como elementos de interpretación de la propia Convención Americana”<sup>191</sup>, porque los hechos sucedieron en el marco del conflicto armado interno. Aspectos que contribuirán a la configuración de un parámetro de interpretación.

## 9. EL PARÁMETRO DE CONVENCIONALIDAD

¿Cuál es el origen etimológico del vocablo parámetro?<sup>192</sup> ¿De dónde proviene la institución jurídica del parámetro? Del derecho constitucional. En tratándose del control de constitucionalidad de las leyes se denomina parámetro de constitucionalidad<sup>193</sup>.

---

<sup>188</sup> QUERALT JIMÉNEZ, ob. cit., pp. 4, 76, 404 y 405.

<sup>189</sup> Voto Razonado Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el **Caso Cabrera García y Montiel Flórez contra México**, sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 44.

<sup>190</sup> Corte IDH, **caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del palacio de justicia) contra Colombia**, Fondo, Sentencia de noviembre 14 de 2001, párr. 39. **Caso de la Masacre de Santo Domingo contra Colombia**, Sentencia de noviembre 30 de 2012, párr. 23. En estos dos casos se cita el caso de Las Palmeras el cual relaciona el DIH sin aplicarlo, sólo interpreta los Convenios de Ginebra.

<sup>191</sup> Ídem caso Rodríguez Vera, párr. 39.

<sup>192</sup> “Parámetro, del griego: *para*, a un lado, y *métron*, medida”, *Diccionario de Términos Jurídicos*, 2ª ed., VILLA-REAL MOLINA, RICARDO VILLA y DEL ARCO TORRES MIGUEL ÁNGEL, *Derecho Internacional*, Editorial Comares, Granada, 2006, p. 380.

<sup>193</sup> Cfr., ARAGÓN MANUEL, *Constitución y control de poder, Introducción a una teoría constitucional del control*, ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, p. 99, cfr. GÓMEZ FERNÁNDEZ ITZIAR, *Conflicto y cooperación entre la Constitución española y el derecho internacional*, Tirant lo Blanch y Universidad Carlos III de Madrid, Valencia, 2010, p. 85.



¿Qué se entiende por parámetro de constitucionalidad? GIORGIA PAVANI, precisa el concepto, así: “parámetro indica un término de referencia, de confrontación, utilizado por los tribunales constitucionales para verificar la constitucionalidad del objeto puesto en la base del juicio”<sup>194</sup>.

¿Qué forma parte del parámetro de constitucionalidad?, “el parámetro siempre está representado por toda la Constitución, así como la jurisprudencia constitucional”<sup>195</sup>. Es pues estable el parámetro de control normativo, por definición es predeterminado, pero no siempre es necesario usar todas las normas que lo integran.

La terminología parámetro de convencionalidad se utiliza en la jurisprudencia de la Corte IDH<sup>196</sup> y en la doctrina<sup>197</sup>, la cual aplicaré en el desarrollo del presente trabajo doctoral.

## 9.1. CONCEPTO

El parámetro de convencionalidad es el instrumento mediante el cual se verifica la adecuación material de una norma interna frente a una norma convencional, con el objeto de establecer su compatibilidad. Se trata de la verificación de la convencionalidad sustantiva. Es un *escrutinio de adecuación* entre dos normas en aparente conflicto. Adviértase que no existe conflicto formal o de procedimiento de convencionalidad como se expresó.

También dicho parámetro se aplica para “confrontar la jurisprudencia misma de los jueces domésticos, no solo con el texto de la CADH sino además con la jurisprudencia [interamericana]”<sup>198</sup>, porque la interpretación de las normas no

---

<sup>194</sup> PAVANI GIORGIA, “Parámetro de constitucionalidad”, en *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional* (EDUARDO FERRER MAC-GREGOR, FABIOLA MARTÍNEZ RAMÍREZ y GIOVANNI A. FIGUEROA MEJÍA, Coords.), *Poder Judicial de la Federación*, UNAM y el I.J.J., México, 2014, p. 985.

<sup>195</sup> PEGORARO, LUCIO y RINELLO ANGELO, *Derecho constitucional comparado. Sistemas de justicia constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2020, pp. 211, 220 y ss.

<sup>196</sup> Corte IDH, **caso Castañeda Gutman contra Estados Unidos Mexicanos**, Sentencia de agosto 6 de 2008, citado por la Corte Constitucional de Colombia en sentencia C-111 de 2019, párr. 30.1.

<sup>197</sup> Cfr., RAMELLI ARTEAGA, *Diálogos entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces constitucionales latinoamericanos*, ob. cit., p. 78. Cfr., MANILI, *El bloque de constitucionalidad*, ob. cit., p. 343.

<sup>198</sup> Ídem, p. 78.

puede disociarse de las normas en una interpretación constitucional y por ende convencional.

Refiriéndose al *parámetro de control* [de convencionalidad], EDUARDO FERRER MAC-GREGOR dice que “las normas que sirven como base para su ejercicio son aquellas contenidas en el *corpus juris interamericano*, el cual se integra, en general, por los tratados internacionales de derechos humanos”<sup>199</sup>.

“Su incidencia se circunscribe a la esfera de las relaciones internormativas y de ahí el desempeño de su función [como] parámetro [para] realizar un juicio de constitucionalidad. Su empleo tendrá un valor meramente instrumental”<sup>200</sup>, esto es, *procesal*, en la jurisdicción constitucional. En efecto, “la función normativa del bloque de la constitucionalidad, será determinante a la hora de precisar el alcance concreto de una genérica función procesal como parámetro [que dicha categoría está llamada] a cumplir ante los tribunales”<sup>201</sup>. “Infligir el bloque de la constitucionalidad supone violar directa e inmediatamente la propia Constitución”<sup>202</sup>.

Sin embargo, FERRER MAC-GREGOR afirma “que el parámetro de control puede llegar a formar un auténtico «bloque de convencionalidad» (que eventualmente puede quedar comprendido dentro del «bloque de constitucionalidad» en el ámbito nacional)”<sup>203</sup>. Hasta el presente la Corte IDH ni el Tribunal Europeo se han referido a la existencia de un bloque de convencionalidad.

Propongo el uso de la denominación *acervo convencional interamericano* como un conjunto limitado de convenciones en las que se configuran la concurrencia de los citados tres factores que facilitan su aplicación por los jueces, en aras de la seguridad jurídica no solo para las víctimas sino también para los Estados.

---

<sup>199</sup> FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO, “Control de convencionalidad (sede interna)”, en *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional* (FERRER MAC-GREGOR, coordinadores), ob. cit., p. 235.

<sup>200</sup> REQUEJO RODRÍGUEZ PALOMA, *Bloque constitucional y bloque de la constitucionalidad*, Universidad de Oviedo (España), 1997, pp. 16 y 35.

<sup>201</sup> REQUEJO RODRÍGUEZ, ob. cit. p.162.

<sup>202</sup> REQUEJO RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 162.

<sup>203</sup> FERRER MAC-GREGOR, ob. cit., p. 236.

## 9.2. CONFIGURACIÓN

¿Cómo se configura el *contenido* del parámetro de convencionalidad? Se configura con los *instrumentos interamericanos* que estructuran el acervo convencional interamericano: el conjunto de las Convenciones que utiliza la Corte cuando activa el control de convencionalidad para resolver los casos contenciosos (según los hechos)<sup>204</sup>.

Por otra parte, “el contenido del parámetro bien puede cambiar en función del tipo de juicio pendiente en el tribunal”<sup>205</sup>. En efecto, en sede internacional<sup>206</sup> o sede interna los elementos del parámetro serán distintos para su aplicación, como explico a continuación.

En sede internacional, la Corte IDH tiene competencia para interpretar y aplicar los cinco instrumentos interamericanos en los cuales se configuren la concurrencia de los tres factores explicados anteriormente, respecto de los Estados que se encuentren en tiempos de paz. En relación, con otros instrumentos internacionales la Corte IDH ha expresado lo siguiente:

“(...) la Corte considera útil y apropiado interpretar la Convención Americana, teniendo en cuenta otros tratados del Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional habida consideración de su especificidad en la materia”<sup>207</sup>, para resolver los casos cuyos hechos han sucedido en Estados que se hallan en conflicto armado interno.

En sede nacional los jueces competentes pueden interpretar y aplicar todos los instrumentos internacionales en los que el Estado sea Parte. El parámetro es el mismo, sin embargo es necesario distinguir si los hechos suceden en tiempo de

---

<sup>204</sup> Obsérvese, por ejemplo, en el **Caso Heliodoro Portugal contra Panamá** los hechos sucedieron en tiempo de paz y la Corte IDH interpretó y aplicó la CADH a la luz de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas y la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, refiriéndose a “instrumentos internacionales” en la sentencia de 12 de agosto de 2008.

<sup>205</sup> PAVANINI, ob. cit., p. 985.

<sup>207</sup> Corte IDH, **Caso Miembros de la Aldea Chichupac y Comunidades vecinas del Municipio de Rabinal**. Ob. cit., párr. 31.

paz o en conflicto armado interno para determinar la aplicación de los citados instrumentos:

- a) En tiempos de paz: los jueces nacionales competentes deberán interpretar y aplicar la CADH y los respectivos instrumentos internacionales.
- b) En el contexto de conflicto armado: los jueces competentes, además, deberán interpretar y aplicar los siguientes tratados internacionales: la CADH; el Artículo 3 Común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949; el Protocolo Adicional II a los cuatro Convenios de Ginebra; el Estatuto Penal de Roma; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la “Convención de Belém Do Pará”. Estas tres convenciones interamericanas establecen el deber de investigar, juzgar y sancionar los crímenes internacionales de *ius cogens*.

Estos parámetros permitirán que los jueces competentes activen el control de convencionalidad para resolver los casos (según los hechos). Ocupémonos del parámetro de convencionalidad con sus elementos que se configuran para el ejercicio del control de convencionalidad en sede internacional.

### **9.3. INTEGRACIÓN**

El parámetro de convencionalidad se podría integrar a partir de: *elementos* del parámetro (i) y las normas de referencia de interpretación que se usan para interpretar (ii). La configuración se estructura según que los hechos ocurran en tiempo de paz o en el marco de un conflicto armado interno. En la Corte se genera una jurisprudencia diferenciada según los casos (hechos) para resolver.

Examinemos la integración propuesta:

#### **a) Elementos del parámetro de convencionalidad**

Siguiendo la jurisprudencia de la Corte IDH los elementos constantes son:

- La Convención Americana sobre Derechos Humanos y
- La jurisprudencia de la Corte IDH<sup>208</sup>.

Al respecto, el Juez FERRER MAC-GREGOR en un Voto Razonado, ofrece los argumentos que reafirman la clasificación propuesta: “El parámetro del control (...) por parte de los jueces nacionales (...) es el Pacto de San José y la jurisprudencia de la Corte IDH que la interpreta”<sup>209</sup>. “Para la Corte IDH los tratados internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia que los interpreta deben ser utilizados como parámetro de validez”<sup>210</sup>.

El parámetro es predeterminado, estable y permanente, pero podría expandirse, como se explica a continuación.

Según el caso contencioso<sup>211</sup> por resolver por la Corte IDH la configuración del parámetro de convencionalidad girará alrededor de:

- 1) “La facultad de la Corte Interamericana consiste esencialmente en interpretar y aplicar la Convención Americana u otros tratados sobre los cuales tenga competencia”<sup>212</sup>. ¿Cuáles son los “otros tratados”? Son los denominados instrumentos interamericanos.
- 2) Otros instrumentos interamericanos. Veamos cuáles son esas Convenciones interamericanas que además de la CADH como elementos variables podrían integrar el parámetro de convencionalidad para su interpretación y aplicación:
  - La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

---

<sup>208</sup> Aclarando que “la jurisprudencia, acaba integrándose con la norma interpretada para formar un todo inescindible”. CANOSA USERA, ob. cit., p. 35.

<sup>209</sup> **Caso Cabrera García y Montiel Flórez contra México**, sentencia de noviembre 26 de 2010, Voto Razonado, párr. 44.

<sup>210</sup> MANILI, *El bloque de constitucionalidad*, ob. cit., p. 344.

<sup>211</sup> *Hechos* sucedidos en un escenario y un contexto en época de paz.

<sup>212</sup> Corte IDH, OC- 21/14, ob. cit., párr. 51.

- La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas<sup>213</sup>.
- “Convención de Belém Do Pará”.
- “Protocolo de San Salvador”<sup>214</sup>.

“Todas las convenciones mencionadas anteriormente [las 5] prevén un procedimiento de peticiones individuales ante la Comisión y eventualmente ante la Corte. Sin embargo, la Convención contra la Tortura y la Convención de *Belém do Pará* no autorizan explícitamente a remitir casos a la Corte Interamericana. No obstante, la Corte ha dictaminado que, conforme a su artículo 8, también posee competencia en casos que involucren [tortura]”<sup>215</sup>.

Se cita el **caso Paniagua Morales contra Guatemala**<sup>216</sup> como el primero en que la Corte se atribuye competencia para aplicar CIPST<sup>217-218</sup>.

## b) Normas de referencia de interpretación

“También puede [la Corte IDH] interpretar disposiciones sobre derechos humanos que figuren en otros tratados internacionales (en general, no únicamente americanos)”<sup>219</sup>. Obsérvese interpretar y no aplicar otros Convenios

<sup>213</sup> La tortura y la desaparición forzada son crímenes internacionales con estatus de *ius cogens*.

<sup>214</sup> “En el caso San Miguel Sosa contra Venezuela, complementa la visión que de manera rápida ha tenido el Tribunal Interamericano sobre los derechos sociales y su exigibilidad directa ante esta instancia judicial. En este sentido, la triada de casos laborales Lagos del Campo, Trabajadores Cesados de Petroperú y otros y ahora el caso San Miguel y otras, permiten delinear una serie de estándares que se deben tener en consideración en los ejercicios de control de convencionalidad en sede interna”, caso San Miguel Sosa contra Venezuela, sentencia de 8 de febrero de 2018, párr. 27. Acrece el acervo convencional para la aplicación del control de convencionalidad por la incompatibilidad de normas laborales internas con los derechos sociales reconocidos en el Protocolo de San Salvador.

<sup>215</sup> RODRÍGUEZ-PINZÓN, DIEGO & MARTIN CLAUDIA, “La prohibición de la tortura y los malos tratos en el Sistema Interamericano”, en *Manual para víctimas y sus defensores*, OMCT, 2006, pp. 32 y 33.

<sup>216</sup> Corte IDH, **Caso Paniagua Morales contra Guatemala**, sentencia de marzo 8 de 1998, párr. 136.

<sup>217</sup> GARRO VARGAS ANAMARI, *El derecho a la protección judicial. Análisis jurisprudencial del artículo 245 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 2016, p. 270.

<sup>218</sup> Cfr., “Caso en el que la Corte declara la violación de algún artículo de la CIPST relativo a los deberes de investigar, sancionar y reparar como de los artículos 8 y 25 CADH”, “entendido como el binomio que fundamenta el derecho al acceso a la justicia”, cfr. GARRO VARGAS, ob. cit., p. 270.

<sup>219</sup> SERGIO GARCÍA RAMÍREZ, *Votos particulares en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y reflexiones sobre control de convencionalidad*, 2ª ed., Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2015, p. 37.

¿cuáles?, por ejemplo, Convenios internacionales adoptados por la ONU que forman parte del *parámetro universal* como lo explica GARCÍA ROCA<sup>220</sup>.

Al respecto, la Corte ha expresado que: “(...) la Convención puede ser interpretada en relación con otros instrumentos internacionales”<sup>221</sup>. Se está refiriendo a los Convenios de Ginebra de 1949 “como elementos de interpretación de la propia Convención Americana”<sup>222</sup>. En efecto, la Corte puede “utilizar el DIH como norma de interpretación complementaria”<sup>223</sup>. Además, la Corte podrá “interpretar el alcance de las obligaciones convencionales en forma complementaria con la normativa del DIH, habida consideración de su especificidad en la materia, en particular los Convenios de Ginebra, el artículo 3 Común, el Protocolo II (...) y el derecho internacional humanitario consuetudinario”<sup>224</sup>. Luego agrega: “(...) tomando en consideración algunos principios relevantes del Derecho Internacional Humanitario (...)”<sup>225</sup>.

La CIDH, ha expresado que “en situaciones de conflicto armado interno, el Derecho Internacional Humanitario puede servir como *lex specialis* para interpretar y aplicar los instrumentos internacionales de derechos humanos”<sup>226</sup>. Así mismo, advirtió que “al igual que otros instrumentos universales y regionales sobre derechos humanos, la CADH y los Convenios de Ginebra de 1949 comparten un núcleo común de derechos no suspendibles y el objeto común de proteger la integridad física y la dignidad del ser humanos (...) Es precisamente en situaciones de conflicto armado interno que esas dos ramas del Derecho internacional convergen de manera más precisa y se refuerzan recíprocamente”<sup>227</sup>.

---

<sup>220</sup> GARCÍA ROCA, *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, ob. cit., p. 73 y ss.

<sup>221</sup> Corte IDH, **caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) contra Colombia**, Sentencia de noviembre 14 de 2014, párr. 39.

<sup>222</sup> *Ibidem*, párr.39.

<sup>223</sup> Corte IDH, **caso Masacre de Santo Domingo contra Colombia**, Sentencia de 30 de noviembre de 2012, párr.23.

<sup>224</sup> Corte IDH, **caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (Operación Génesis) contra Colombia**, Sentencia de noviembre 20 de 2013, párr. 221. En el párr. 349 la Corte, expresa: “Según la norma 7 de Derecho Internacional Humanitario consuetudinario (...)”.

<sup>225</sup> CORTE IDH, (Operación Génesis), párr. 222.

<sup>226</sup> CORTE IDH, **Caso de las Hermanas Serrano Cruz contra El Salvador**, Sentencia de noviembre 23 de 2004, párr. 115.

<sup>227</sup> Caso “Juan Carlos Abella” contra Argentina, Informe N° 55/97 de noviembre 18 de 1997, párr. 11.

Con fundamento en la jurisprudencia de la Corte enumeramos las siguientes normas de referencia de interpretación<sup>228</sup> que podrían ser interpretadas para a su vez interpretar y aplicar la CADH para resolver un caso contencioso<sup>229</sup>, según:

- a) Artículo 3 Común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949.
- b) El Protocolo Adicional II a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949.

En efecto el Protocolo Adicional II y el Artículo 3 común son interpretados por la Corte para interpretar y darle alcance a los contenidos de los derechos humanos de la CADH, con el fin de aplicarla para declarar la responsabilidad internacional de los Estados Parte; así mismo ha aplicado las Convenciones interamericanas contra la tortura y la desaparición forzada de personas; por ejemplo, la Corte en el caso de la Operación Génesis en la parte resolutive de la sentencia la Corte *declaró* la responsabilidad del Estado colombiano “(...) por haber incumplido sus obligaciones de garantizar la asistencia humanitaria” (...) <sup>230</sup>. En algunos casos<sup>231</sup> ha tenido en cuenta la “Convención de Belém do Pará”, para interpretar y aplicar la CADH en casos de conflicto armado interno.

En conclusión, la CADH debe ser interpretada en relación con otros “*instrumentos interamericanos*”<sup>232</sup> para resolver casos cuyos hechos suceden en el marco de un conflicto armado interno, o cuyos hechos sucedieron en tiempo de paz como en el caso de Heliodoro Portugal<sup>233</sup>, o con otros “*instrumentos internacionales*”<sup>234</sup>.

---

<sup>228</sup> Corte IDH, **Caso Miembros de la Aldea Chichupac**, en el párrafo 31 se dice: “(...) la Corte considera útil y apropiado *interpretar* la Convención Americana, teniendo en cuenta otros tratados del *derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional*, habida consideración de su especificidad en la materia (resaltado fuera del texto).

<sup>229</sup> Los hechos del caso han sucedido en el marco de un *conflicto armado interno*. La Corte ha tenido en cuenta otros tratados del DIH y el DPI para interpretar la CADH más no para aplicarlos, tal como se desprende del citado Caso Miembros de la Aldea Chichupac, párr. 31.

<sup>230</sup> Corte IDH, **Caso (Operación Génesis)**, numeral 4 de la parte resolutive de la sentencia.

<sup>231</sup> Corte IDH, **Caso Miembros de la Aldea Chichupac**, párr. 30.

<sup>232</sup> En el **Caso Heliodoro Portugal** la Corte IDH interpretó y aplicó la CADH a la luz de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas y la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, párrafo 180.

<sup>233</sup> La anterior conclusión, repetimos, nos permite clasificar la jurisprudencia de la Corte IDH en relación con los hechos sucedidos: en el marco de un conflicto armado interno o en tiempo de paz y de ahí depende la aplicación de los instrumentos interamericanos.

<sup>234</sup> En el **Caso Miembros de la Aldea Chichupac** la Corte interpretó la Convención contra el Genocidio, adoptada por la ONU y ratificada por Guatemala, párr. 289. En el **caso Miguel Castro Castro contra el Perú**, la Corte en la parte resolutive de la Sentencia de 2006 le ordenó al Estado tener en cuenta el Protocolo de Estambul.



Recordemos que en los **casos Desaparecidos del palacio de justicia y La Masacre de Santo Domingo contra Colombia**, la Corte reiterando que los Convenios Ginebra podrían ser elementos de interpretación de la CADH cita el caso Las Palmeras, en el cual la Corte, recordemos, estableció la directriz procesal de la realización de un *juicio* mediante un examen de compatibilidad para verificar la adecuación de convencionalidad de las normas internas.

No olvidemos que el acervo convencional funge como parámetro de convencionalidad para el ejercicio del control de convencionalidad, por lo cual en el juicio de convencionalidad nos referiremos al acervo haciendo énfasis en que “la primacía de la CADH viene dada por el control de convencionalidad”<sup>235</sup>.

## 10. JUICIO DE CONVENCIONALIDAD. FUNDAMENTOS JURISPRUDENCIALES

La adecuación es un examen de confrontación normativa o como lo dice la Corte un *examen de compatibilidad* que consiste en que “la Corte interpreta la norma en cuestión y la analiza a la luz de las disposiciones de la Convención”<sup>236</sup>.

¿Cómo se logra el resultado de ese examen? “*El resultado de esta operación será siempre un **juicio** en el que se dirá si tal norma es o no compatible con la Convención Americana*”<sup>237</sup> (lo resaltado fuera del texto). Por tanto, el juicio se denominará juicio de convencionalidad con una estructura lógica<sup>238</sup>. ¿Y ese juicio cómo se realiza? Veamos las fases del juicio de convencionalidad en sede internacional<sup>239</sup>.

---

<sup>235</sup> GARCÍA ROCA, y NOGUEIRA ALCALÁ, “El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor de precedente e interpretación vinculante”, ob. cit., p. 87.

<sup>236</sup> Corte IDH, caso Las Palmeras, párr. 3.

<sup>237</sup> Ídem, **Caso Las Palmeras**, párr. 31 (lo resaltado en cursivas y negrillas fuera del texto).

<sup>238</sup> Un “examen de compatibilidad”, que se realiza por medio de, un juicio de adecuación convencional, para verificar, con el parámetro de convencionalidad, si la norma en examen se adecúa o no con el acervo convencional.

<sup>239</sup> Bajo la denominación de test de convencionalidad ya me había referido al tema en *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional* (EDUARDO FERRER MAC-GREGOR, FABIOLA MARTÍNEZ RAMÍREZ y GIVANNI A. FIGUEROA MEJÍA, coordinadores), Poder Judicial de la Federación, UNAM y el I.J.J., Tomo I, México, 2014, p. 236. Ahora es el *Juicio*.

## 11. FASES DEL JUICIO EN EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

De una verificación empírica de varias sentencias de la Corte IDH se infiere la realización de un *juicio de convencionalidad en fases*<sup>240</sup>.

Las fases del juicio son las siguientes<sup>241</sup>:

- a) El Tribunal Interamericano verifica, precisa y califica el supuesto  *fáctico*<sup>242</sup> (identifica los hechos<sup>243</sup> probados) del caso contencioso a resolver.
- b) Luego la Corte IDH verifica un presunto conflicto  *normativo de inconventionalidad*<sup>244</sup> en un caso concreto<sup>245</sup> entre normas

---

<sup>240</sup> A partir del **caso Castillo Petrucci y otros contra el Perú**, sentencia de excepciones preliminares de septiembre 4 de 1998, sentencia de fondo de mayo 30 de 1999, párrs. 207 y 222, Resolución de noviembre 17 de 1999 de cumplimiento de sentencia de fondo, la Corte hizo el primer examen de compatibilidad normativa y le ordenó al Estado modificar normas de derecho interno, cfr. SALADO OSUNA, ANA, *Los casos peruanos ante la CIDH*, Editora Normas Legales, Trujillo (Perú), 2004, pp. 101 y 108.

<sup>241</sup> Nuestra idea del juicio de convencionalidad se inspira en general en la jurisprudencia de la Corte IDH, en ejercicio de su competencia contenciosa y en algunos precedentes de la CIDH, y en especial en el voto concurrente del Juez Antonio Augusto Cancado Trindade en el **Caso de “La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros)” contra Chile**, Sentencia de febrero 5 de 2001. Además, para el desarrollo de las fases tercera, cuarta y quinta del juicio nos inspiramos en el trabajo titulado “La fuerza obligatoria de los tratados internacionales en el orden jurídico interno. Conflictos entre disposiciones convenidas y disposiciones internas”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. XXII, N° 1, Madrid, 1969, p. 97. Cfr. MARTÍNEZ RUIZ, LUIS FERNANDO.

<sup>242</sup> El juicio de convencionalidad “debe explorar las circunstancias *de jure y de facto* del caso. Es posible que el análisis jurídico sea relativamente sencillo, una vez establecidos los *hechos* acerca de los cuales se ha producido el litigio”. Voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, Caso López Álvarez contra Honduras, Sentencia de febrero 1° de 2006 (cursivas y negrillas fuera del texto).

<sup>243</sup> “La expresión hechos abarca: a) conductas violatorias que se agotan o concluyen en el momento mismo en que se realizan la acción o la omisión respectivas; b) situaciones integradas por diversos actos que se suceden en el tiempo, con solución de continuidad entre uno y otro, y c) actividades ininterrumpidas que vulneran en forma persistente derechos consagrados por la Convención. Para ilustrar este concepto es pertinente invocar la clasificación de los delitos en orden a la conducta. Efectivamente, aquel comprende las tres categorías reconocidas en atención al momento en que se consuma el delito: a) instantáneo, b) continuado, y c) continuo o permanente”. Voto razonado concurrente del Juez Sergio García Ramírez en la sentencia de reparaciones del Caso Trujillo Oroza contra Bolivia, Sentencia de febrero 27 de 2002; por ejemplo, la promulgación y *vigencia* de una norma constitucional que está *produciendo efectos jurídicos*, son violaciones continuadas. Véase Comisión IDH, Caso (11.863) Andrés Aylwin Azocar y otros contra Chile, Informe N° 137/99, de diciembre 27 de 1999, párrs. 85 a 93, 152 y 153.

<sup>244</sup> En otras palabras, se presenta un conflicto de dos normas que no puedan ser aplicadas a un mismo tiempo para resolver el caso concreto (los hechos).

<sup>245</sup> Cfr. Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) contra Ecuador, Sentencia de agosto 28 de 2013, párr. 277.

constitucionales<sup>246</sup>, legales<sup>247</sup> o administrativas<sup>248</sup>, la jurisprudencia, las prácticas<sup>249</sup>, las costumbres indígenas<sup>250</sup> (en adelante normativa interna incompatible) y la CADH u otros instrumentos interamericanos y la jurisprudencia de la Corte IDH (*acervo convencional*), conjunto que integra el parámetro de convencionalidad<sup>251</sup> para la activación del control de convencionalidad.

- c) La verificación y determinación del conflicto normativo de *inconventionalidad* conlleva la interpretación de la CADH u otros instrumentos interamericanos frente a la normativa incompatible aplicada. La interpretación<sup>252</sup> la realiza la Corte a la luz de su propia jurisprudencia

---

<sup>246</sup> La Corte IDH ha ejercido control de convencionalidad de Constituciones: **Caso “La última tentación de Cristo” contra Chile**, Sentencia de febrero 5 de 2001, párrs. 88, 90, 97 y 98; **Caso Caesar contra Trinidad y Tobago**, Sentencia de marzo 11 de 2005, párrs. 49.7, 40.10, 49.11, 92, 93, 94, 132 y 133; **Caso Boyce y otros contra Barbados**, Sentencia de noviembre 20 de 2007, párrs. 78, 127 a 129; **Caso Dacosta Cadogan contra Barbados**, Sentencia de septiembre 24 de 2009, párrs. 71 y 104, y **Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas contra República Dominicana**, Sentencia de agosto 28 de 2014, párrs. 308, 311, 314, 325, 328, 470 y 471, parte resolutive de la sentencia numerales 10, 18 y 19. En otras palabras, la Corte declaró “inconventionales” algunas normas constitucionales. A la fecha Chile cumplió la sentencia reformando la Constitución. Barbados eliminó los efectos de una norma constitucional. En el **Caso Petro Urrego contra Colombia**, el Tribunal hizo el control y no ordenó la reforma de la Constitución, sentencia de 8 de julio de 2020, párr. 112. La Comisión IDH también ha realizado control de convencionalidad de Constituciones.

<sup>247</sup> Para los efectos del juicio y del control se entenderá la palabra “ley” en su sentido *material*. Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-14/94, “Responsabilidad Internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la CADH (arts. 1 y 2)” (párr. 31). ¿Qué es ley según la Corte? “Significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes”. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-06/86, de mayo 9 de 1986, “La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, párr. 38.

<sup>248</sup> La Corte en el caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras halló inconventional un acto administrativo y le ordenó al Estado expedir un nuevo acto administrativo incluyendo los elementos que le indicó la Corte.

<sup>249</sup> Entiéndase prácticas judiciales o administrativas internas con efectos normativos. La Corte hace control de estas *prácticas*.

<sup>250</sup> Se destaca en este caso que la Corte IDH reconoce la existencia de un *derecho consuetudinario indígena*. Activando el control de convencionalidad de una ley electoral, por primera vez la Corte le ordenó al Estado reformarla “para garantizar que los miembros de las comunidades indígenas y étnicas puedan participar, en condiciones de igualdad, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que incidan o puedan incidir en sus derechos (...), así como hacerlo desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos y **costumbres** y formas de organización, **siempre que sean compatibles** con los derechos humanos consagrados en la Convención” (negritas fuera del texto). En desarrollo de esta orden de reformar la ley electoral la Corte luego agregó: “(...) que los integrantes de las comunidades indígenas y étnicas puedan participar en los procesos electorales en forma efectiva y tomando en cuenta sus tradiciones, usos y *costumbres*, en el marco de una sociedad democrática”. Cfr. Corte IDH, caso Yátama contra Nicaragua, sentencia de junio 23 de 2005, párrs. 183 y 225. En efecto, las *costumbres* indígenas forman parte del ordenamiento jurídico interno de los Estados; en conclusión, dichas costumbres podrían ser objeto de control de convencionalidad.

<sup>251</sup> El *acervo convencional* como conjunto de convenciones interamericanas integrará distintas formas de parámetro de convencionalidad, según los hechos de los casos, en tiempo de paz o en el marco del conflicto armado interno, como se explicó.

<sup>252</sup> Adelante me referiré específicamente a la interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos.

aplicable al caso<sup>253</sup>, y argumentando jurisprudencialmente la Corte concluye que la normativa incompatible aplicada por el juez interno para resolver el caso concreto (los hechos) es *inconvencional*. Si no existen precedentes jurisprudenciales la Corte deberá construir estándares internacionales.

- d) La Corte establecerá en el caso concreto (los hechos) las violaciones<sup>254</sup> a los derechos humanos reconocidos en la CADH u otros instrumentos interamericanos y la transgresión de la jurisprudencia interamericana (*acervo convencional*), que con la *aplicación* de la normativa interna incompatible *afectaron* a un ser humano o a un grupo de personas determinadas, individualizadas e identificadas –presuntas víctimas y/o sus familiares–<sup>255</sup>.
- e) El Tribunal Interamericano mediante sentencia declarativa y de condena ordena al Estado las reparaciones integrales de los daños disponiendo el *cese* (*poner fin* a la conducta estatal inconvencional) de los efectos jurídicos de la normativa incompatible (hecho internacionalmente ilícito de carácter *continuo*), estableciendo además las obligaciones internacionales *de resultado de naturaleza jurídica*<sup>256</sup> de adoptar *seguridades y garantías de no repetición*<sup>257</sup>.

Estas son las fases del juicio de convencionalidad que adelanta la Corte y en resumen son las siguientes: (a) identificación de los hechos probados del caso; (b) la confrontación entre la norma constitucional, legal o un acto administrativo<sup>258</sup>, o la jurisprudencia y el acervo convencional, si existe

---

<sup>253</sup> Examen de verificación fáctico. Significa que los *hechos* del caso a resolver deben ser semejantes a los hechos del caso que se resolvió con la jurisprudencia aplicable; por ejemplo, no es lo mismo el homicidio cometido en el contexto de un conflicto armado interno al asesinato perpetrado en tiempo de paz.

<sup>254</sup> Con fundamento en los hechos probados referidos en la primera fase del presente juicio.

<sup>255</sup> Comisión IDH, Informe N° 51/02 de octubre 10 de 2002, Caso 12.404, Janet Espinoza Feria y otras contra Perú. Se refiere a las víctimas “debidamente individualizadas, identificadas y determinadas conforme a la jurisprudencia del Sistema Interamericano”. En el citado Caso Petro Urrego la Corte se refirió a la “afectación de los derechos políticos de sus electores”, pero no la declaró, párrs. 96, 100 y 135.

<sup>256</sup> Cfr. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, PABLO ANTONIO, *Las obligaciones de los Estados en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, p. 65.

<sup>257</sup> En jurisprudencia anterior la Corte Interamericana había incluido estas medidas bajo el título de *medidas de satisfacción*.

<sup>258</sup> Como se explicó, la normativa interna también comprende la jurisprudencia, prácticas judiciales o administrativas.

incompatibilidad; (c), la interpretación y argumentación a la luz de la jurisprudencia aplicable al caso para la aplicación del acervo convencional y la declaratoria de inconvencionalidad de la normativa interna incompatible, y (d) el Tribunal resuelve el caso ordenando la modificación, derogación, anulación o reforma de la respectiva normativa interna, siempre que no sea posible una interpretación compatible.

Por otra parte, se debe precisar algunos aspectos acerca de la inconvencionalidad de la normativa interna que se somete al juicio y control de convencionalidad. La jurisprudencia de la Corte ha evolucionado progresivamente distinguiendo si la norma interna es o no de aplicación inmediata<sup>259</sup>. Dependiendo del caso concreto la Corte se ha referido a la *existencia*<sup>260</sup> de la norma interna. “En el caso de las leyes de aplicación inmediata, [...] la violación de los derechos humanos, individual o colectiva, se produce por el solo hecho de su expedición”<sup>261</sup>. También la Corte se ha referido al momento de la *expedición*<sup>262</sup> (o *inicio*), o la emisión de la norma<sup>263</sup>, o la *vigencia*<sup>264</sup>, o la aplicación de la norma<sup>265</sup>. Sin embargo “la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada”<sup>266</sup>. También la Comisión se ha referido en los siguientes términos: “No basta que una peticionaria sostenga que la mera existencia de una ley viola los derechos que

---

<sup>259</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva OC-14/94, “Responsabilidad Internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (arts. 1 y 2), párrs. 39 al 43. Con anterioridad explicamos que se trata de leyes de aplicación directa e inmediata que deben estar vigentes surtiendo efectos jurídicos en el momento que sucedieron los hechos.

<sup>260</sup> En el Caso Raxcaco Reyes contra Guatemala (Sentencia de septiembre 15 de 2005) concluye que: “La sola existencia del artículo 201 del Código Penal guatemalteco, que sanciona con pena de muerte obligatoria cualquier forma de plagio, es *per se* violatoria [del artículo 2 de la Convención]”, y remite para que el lector confronte los Casos Lori Berinson Mejía contra Perú (Sentencia de noviembre 25 de 2004, párr. 221), Hilare, Constantine y Benjamín y otros contra Trinidad y Tobago (Sentencia de junio 21 de 2002), Cantoral Benavides contra Perú (Sentencia de agosto 18 de 2000, párr. 176), Suárez Rosero contra Ecuador (Sentencia de noviembre 12 de 1997, párr. 98), y finalmente citamos en este orden de ideas el Caso La Cantuta contra Perú (Sentencia de noviembre 29 de 2006, párr. 169).

<sup>261</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva OC-14/94, “Responsabilidad Internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (arts. 1 y 2), párr. 43.

<sup>262</sup> Corte IDH, Caso Trabajadores cesados del Congreso contra Perú, Sentencia de noviembre 24 de 2006, párr. 118.

<sup>263</sup> Corte IDH. Caso Gelman contra Uruguay, supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de la Corte de marzo 20 de 2013, párr. 69.

<sup>264</sup> Corte IDH, Caso Zambrano Vélez y otros contra Ecuador, Sentencia de julio 4 de 2007, párr. 68.

<sup>265</sup> Corte IDH, Caso Dacosta Cadogan contra Barbados, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de septiembre 24 de 2009, párr. 74.

<sup>266</sup> Corte IDH, Caso Radilla Pacheco contra México, Sentencia de noviembre 23 de 2009, párr. 338.

le otorga la Convención Americana, sino que es necesario que dicha ley haya sido aplicada en su detrimento”<sup>267</sup>.

Como consecuencia de lo anterior (la inconventionalidad de la normativa incompatible) se configura un hecho internacionalmente ilícito atribuible al Estado Parte en la CADH u otros tratados interamericanos, generando de inmediato la responsabilidad internacional del Estado (*tempus commisi delicti*) por dichas violaciones al *acervo convencional*, y por consiguiente nace la obligación internacional a cargo del Estado de reparar integralmente los daños materiales e inmateriales a las víctimas y/o sus familiares (*restitutio in integrum*), según el supuesto fáctico calificado y los daños debidamente probados.

Para hacer efectivas las obligaciones de resultado y las siguientes el Estado deberá: reformar la Constitución, derogar, modificar, anular la ley o el acto administrativo, o completar sus contenidos; expedir una ley o un acto administrativo, o adecuar la jurisprudencia o prácticas internas a la jurisprudencia de la Corte<sup>268</sup>, y las demás reparaciones que fueren necesarias para restablecer la situación jurídica anterior (*restitutio in integrum*) a las violaciones, y que el Estado garantice a las víctimas y/o sus familiares el respeto y libre y pleno ejercicio de sus derechos reconocidos en la CADH u otros instrumentos

---

<sup>267</sup> El Informe N° 28/98, de marzo 6 de 1998 declaró admisible el Caso 11.625, María Eugenia Morales de Sierra contra Guatemala. Se trata de una petición promovida por unas personas y CEJIL relacionada con la incompatibilidad *in abstracto* de nueve disposiciones del Código Civil con la Convención Americana (arts. 1.1., 2, 17 y 24) sin determinar las víctimas ni las violaciones, lo cual posteriormente se subsanó presentando como víctima a María Eugenia Morales de Sierra y se admitió la Petición (Informe N° 28/98). Con el Informe N° 86/98, de octubre 1° de 1998, la Comisión resolvió el Fondo estableciendo las violaciones a los derechos reconocidos en los artículos 11, 17 y 24 de la Convención, y violaciones a los artículos 15 y 16 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, y le formula recomendaciones al Estado de “modificar, derogar o en definitiva dejar sin efectos” los nueve artículos del citado Código, “para hacer congruente la legislación nacional con las normas de la Convención Americana”. Finalmente, con el Informe N° 4/01, de enero 19 de 2001, la Comisión reitera sus recomendaciones de “adecuar las disposiciones pertinentes del Código Civil (...) y adoptar las medidas legislativas y de otra índole para reformar el artículo 137 del Código, para hacer congruente la legislación nacional con las normas de la Convención Americana (...)”. En el Informe de 2012 la Comisión destacó que el Estado había cumplido parcialmente reformando el Código Civil, a excepción del artículo 137, que no se había reformado y aún estaba pendiente (después de 20 años) en el Congreso Nacional, según el Estado, párrs. 664 y 670. Informe N° 43/99, de marzo 11 de 1999, Caso 11.688, Alán García Pérez contra Perú, la Comisión expresó: “(...) la eventual violación del derecho a las garantías judiciales y al debido proceso que pudiera haber configurado la expedición y aplicación de la Ley N° 26641” (párr. 26).

<sup>268</sup> Cfr. CASSEL DOUGLASS, ob. cit., pp. 234 a 236.

interamericanos, adecuando de esta forma la normativa incompatible al *acervo convencional*.

Se verifica de esta forma, que por medio del juicio de convencionalidad se evidencia la operatividad de la **primacía** del *acervo convencional* sobre el ordenamiento jurídico interno, incluso sobre la Constitución, “ya que la doctrina del control de convencionalidad parte del supuesto de que la Convención sobre derechos humanos prevalece sobre la Constitución”<sup>269</sup>.

En síntesis, una vez realizada la adecuación normativa por el Estado en aplicabilidad de la norma convencional *interpretada*, en lo sucesivo, se re-estructurará la coherencia en el ordenamiento jurídico interno y se garantizará la seguridad jurídica en el Estado de Derecho.

Concluimos con GARCÍA ROCA y NOGUEIRA ALCALÁ que “[l]as medidas generales que la Corte IDH establece implican el correlativo deber de adecuar el Derecho interno desde el propio texto constitucional hasta la última disposición administrativa”<sup>270</sup>, generando las sentencias un gran *impacto*<sup>271</sup> transformador del ordenamiento jurídico interno de los Estados.

Con fundamento en el control de convencionalidad en sede internacional al final del presente capítulo ofreceré mi propuesta de cómo ejercitar el control de convencionalidad en sede nacional, recordando que la Corte Constitucional colombiana enfáticamente afirmó no ser “juez de convencionalidad”<sup>272</sup>, entre otras razones, porque la Constitución solo le asigna a la Corte competencia para hacer control abstracto de constitucionalidad de las leyes<sup>273</sup>. La argumentación es una dificultad evidente para el ejercicio del control de convencionalidad. No obstante, la Corte creó un novedoso concepto del bloque de constitucionalidad

---

<sup>269</sup> SAGUES, *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, Tomo I, ob. cit., p. 187.

<sup>270</sup> GARCÍA ROCA, y NOGUEIRA ALCALÁ, “El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor de precedente e interpretación vinculante”, en la obra colectiva *¿Hacia una globalización de los derechos?*, ob. cit., p. 50.

<sup>271</sup> “«Impacto» quiere decir pues capacidad de armonizar y transformar las normas nacionales sobre derechos fundamentales y las regulaciones legales conexas a ellas, así como sus exégesis”. GARCÍA ROCA y NOGUEIRA ALCALÁ, “El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor de precedente e interpretación vinculante”, en la obra colectiva *¿Hacia una globalización de los derechos?*, ob. cit., p. 47.

<sup>272</sup> La Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-941 de 2010. Volveré sobre el tema en las páginas que siguen.

<sup>273</sup> Artículo 241, numerales 1,4 y 5. El artículo 4 consagra el control de constitucionalidad en concreto.

el cual opera como parámetro de constitucionalidad de las leyes, resaltando que “las normas del *ius cogens* se constituyen en parámetro para ejercer el control de constitucionalidad”<sup>274</sup>; son normas de *ius cogens*, por ejemplo, las que tipifican los crímenes internacionales en el ER<sup>275</sup> y, además, tienen jerarquía constitucional, como lo explicaré más adelante.

## **12. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA**

Previamente a desarrollar la temática del bloque debemos tener en cuenta la constitucionalización de las fuentes del derecho configuradas en la Constitución de 1991 y en las reformas constitucionales transitorias de 2017, en el marco de la relación entre el derecho interno colombiano y el Derecho internacional, porque los instrumentos internacionales de DIDH, de DIH y del DPI forman parte del concepto de bloque de constitucionalidad, según la jurisprudencia constitucional. Como se observa “parece inexcusable que cualquier ordenación sistemática de las fuentes del derecho haya de aludir de forma expresa y prioritaria a la Constitución”<sup>276</sup>.

### **12.1. CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LAS FUENTES DEL DERECHO. LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL ACUERDO FINAL PARA LA PAZ <sup>277</sup>**

Se aclara que rige una regulación constitucional permanente y otra regulación constitucional transitoria fruto de la implementación del Acuerdo de Paz.

---

<sup>274</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-664 de 2013.

<sup>275</sup> Recordemos que son crímenes internacionales con estatus de *ius cogens* los tipificados en los artículos 6, 7 y 8 del ER.

<sup>276</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER. *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Editorial Thomson y Civitas, Madrid, 2004, p. 37.

<sup>277</sup> El Preámbulo del Acuerdo Final enuncia lo siguiente: “la Constitución Nacional, los principios del Derecho Internacional, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario (Convenios y Protocolos), el Estatuto de Roma (Derecho Internacional Penal), de los fallos proferidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativos a los conflictos y su terminación, y demás sentencias de competencias reconocidas universalmente y pronunciamientos de autoridad relativos a los temas suscritos” (página 2). En la página 164 el Acuerdo Final trata del Derecho aplicable: “59. Respecto a la responsabilidad de los integrantes de las FARC-EP se tendrá en cuenta como referente jurídico el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y el Derecho Internacional Penal”. En similar forma en la página 144.



### **a) Las fuentes en la Constitución de 1991**

Con la Constitución se constitucionalizaron los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (art. 214, num.2<sup>278</sup>), que forman parte del ordenamiento jurídico interno desde 1961 como se explicó. Los Protocolos Adicionales I y II se ratificaron después de 1991.

Los tratados y convenios internacionales que reconocen los derechos humanos (art. 93) forman parte del ordenamiento jurídico y tienen jerarquía constitucional. Con una reforma constitucional permanente (A.L. 01 de 2001) se adicionó un inciso al citado artículo 93 de la Constitución relacionando el ER. Pues si los instrumentos internacionales tienen jerarquía constitucional, la Corte Constitucional no puede rechazar hacer un control de constitucionalidad-convencionalidad con la CADH y dichos instrumentos; aspecto que adelante explicaré.

### **b) Las reformas constitucionales transitorias para la paz**

Con las reformas constitucionales transitorias nuevamente se constitucionalizaron como fuentes del Derecho el DIDH, el DIH y el DPI (AL 1/12<sup>279</sup>, AL 1/17 y AL 2/17).

Además, el Acuerdo Final entre otras fuentes enuncia los fallos de la Corte IDH<sup>280</sup>; ¿cuál sería esa jurisprudencia? Considero que es aquella relacionada con casos (hechos) sucedidos en el marco del conflicto armado interno en Estados Parte en la CADH y que han aceptado la competencia de la Corte.

---

<sup>278</sup> Artículo 214. “Los estados de excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones: (...) “2. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”.

<sup>279</sup> El Marco Jurídico para la Paz de 31 de julio de 2012, estableció los mecanismos constitucionales procesales de priorización y selección de casos y la *renuncia a la persecución penal* para agentes del Estado de todos los casos no seleccionados, beneficio penal que en abstracto es inconvencional como lo he argumentado y lo demostraré en el cuarto capítulo.

<sup>280</sup> Cfr., párrafo 12 del Preámbulo del AFP se refiere a los fallos proferidos por la Corte IDH. ¿Cuáles serían esos fallos? Aquellos casos cuyos hechos suceden en el marco de un conflicto armado interno; sentencias a partir de las cuales se viene construyendo una jurisprudencia constante que ingresa con la CADH al acervo convencional.

Además, el AFP menciona expresamente los principios del Derecho Internacional<sup>281</sup>.

También el Derecho internacional consuetudinario es fuente del derecho<sup>282</sup>. Recordemos que del DIH consuetudinario forma parte una norma consuetudinaria que estableció el deber internacional de investigar y, si procede, encausar a los responsables de crímenes de guerra sin distinción jerárquica<sup>283</sup>.

Las citadas tres ramas del Derecho internacional constituyen el Derecho aplicable para resolver los casos por la Jurisdicción Especial para la Paz.

### **c) Las fuentes del derecho infraconstitucionales**

Son fuentes del derecho: La ley 1820 de 2016 de amnistía, indulto y tratamientos penales especiales diferenciados, la ley 1922 de 2018 sobre reglas de procedimientos para la JEP, la Ley 1957 de 2019 Estatutaria de la Administración de Justicia en la JEP que en el artículo 23 regula el derecho aplicable por la JEP y decretos reglamentarios, entre otros, el 277 de 2017 y el decreto 1252 de 2017<sup>284</sup>.

A partir de la constitucionalización de las fuentes del derecho internacional explicaré los fundamentos, la configuración, los elementos y los sentidos del bloque de constitucionalidad, el bloque en *stricto sensu* y el bloque en *lato sensu* y sus funciones, siendo sus bases constitucionales las cláusulas de *jerarquía* de los tratados de derechos humanos (i), de *interpretación de conformidad* con el DIDH (ii) y de la *prevalencia* de dichos tratados sobre el ordenamiento jurídico interno (ii); cláusulas contenidas en el artículo 93 de la Carta de 1991 que la

---

<sup>281</sup> ¿Cuáles serían? Los principios de buena fe, los principios de humanidad, principio de favorabilidad de origen internacional, principios *pacta sunt servanda*, *pro personae* y *effet utile*, entre otros.

<sup>282</sup> “El derecho internacional consuetudinario continuará rigiendo”, dice el párrafo 12 del Preámbulo del AF. Se trata de 161 reglas consuetudinarias del Derecho Internacional Humanitario codificadas por el CICR. J.M. HENCKAERTS, Estudios sobre el Derecho Internacional Humanitario, 2005, Madrid. Entre estas reglas, se halla el deber de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar.

<sup>283</sup> “Norma 158. Los Estados deberán *investigar* los crímenes de guerra cometidos por sus ciudadanos o sus fuerzas armadas, y *encausar*, a los imputados, ob. cit., p. 687.

<sup>284</sup> Se incluye como fuente del derecho la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, la cual fue ratificada y entró en vigor antes de la Constitución de 1991.

Corte Constitucional interpreta y aplica para construir, como se dijo, un novedoso concepto de bloque de constitucionalidad.

## 12.2. FUNDAMENTOS DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

“El bloque de constitucionalidad ha constituido uno de los ejes para comprender [las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno], aunque no todas ellas se agotan y se explican a partir de tal categoría”<sup>285</sup>.

El concepto de bloque de constitucionalidad se fundamenta en los principios constitucionales de supremacía<sup>286</sup> de la Constitución<sup>287</sup> y jerarquía<sup>288</sup> constitucional, según se infiere de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, a partir de la Sentencia C-225 de 1995, reiterada en las sentencias hito C-400 de 1998 y la C-269 de 2014.

En efecto, “la Constitución Política se postula a sí misma como «norma de normas» (C.P. art. 4º). La supremacía de la Constitución [se caracteriza por su] connotación normativa y su poder de imperio contra todo acto u omisión de los poderes constituidos”<sup>289</sup>. Por tanto, “todo el ordenamiento jurídico debe adecuarse a las normas de jerarquía constitucional”<sup>290</sup>, lo que implica una “subordinación jurídica”<sup>291</sup>.

---

<sup>285</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-269 de 2014, párr. 4.2.2 Remisiones al derecho internacional. Esta sentencia reafirma el precedente construido en la Sentencia C-400 de 1998: “En materia de aplicación del derecho internacional en el país, la sentencia concluyó que la Constitución nacional prevalece sobre las normas internacionales”. Cfr. ACOSTA ALVARADO, PAOLA ANDREA y HUERTAS CÁRDENAS, JULIÁN EDUARDO, “Teorías sobre la relación entre el derecho Interno y el derecho internacional en la jurisprudencia constitucional colombiana”, en la obra colectiva *De anacronismos y vaticinios. Diagnóstico sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno en Latinoamérica*, ACOSTA LÓPEZ, JUANA INÉS; ACOSTA ALVARADO, PAOLA ANDREA y RIVAS RAMÍREZ, DANIEL, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017, p. 684.

<sup>286</sup> “El principio de supremacía erige a la Constitución en norma fundamental y fundacional, en fuente primaria del orden jurídico, y en pauta de validez de las normas infraconstitucionales”, BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000, pp. 92 y 93.

<sup>287</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-415 de 2012.

<sup>288</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-067 de 2003.

<sup>289</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-640 de 1998.

<sup>290</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-067 de 2003.

<sup>291</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-067 de 2003.

“El hecho de compartir la jerarquía del texto formal de la Carta convierte a los dispositivos del bloque en «eje y factor de unidad y cohesión social»”<sup>292</sup>.

¿En concreto, en el ordenamiento jurídico interno cuál es la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos? La Corte responde: “(...) las normas que integran el bloque de constitucionalidad [tienen] jerarquía constitucional”<sup>293</sup>, normas que ingresan gracias a las tres cláusulas de apertura al Derecho internacional ya mencionadas.

Se aclara que los tratados internacionales tienen control previo de constitucionalidad<sup>294</sup>, lo que significa que sus normas no prevalecen sobre las normas constitucionales advierte RAMELLI ARTEAGA: “(...) sólo después de ser superado el control, es que las normas convencionales adquieren su verdadero estatus de paridad o igualdad jerárquica con las constitucionales. Normas internacionales y constitucionales conforman pues un «*bloque de constitucionalidad*»”<sup>295</sup>.

Desde esta perspectiva desarrollaré los temas anunciados.

### **12.3. CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CONCEPTO DE BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD**

Al respecto UPRIMNY YEPES<sup>296</sup> explica la construcción jurisprudencial del concepto de bloque de constitucionalidad, en los siguientes términos:

“El bloque de constitucionalidad hace referencia a la existencia de normas constitucionales que no aparecen directamente en el texto constitucional (...) una Constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto

---

<sup>292</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-531 de 1993.

<sup>293</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-469 de 2016, remite a la Sentencia C-531 de 1993.

<sup>294</sup> Constitución, artículo 241 numeral 10.

<sup>295</sup> RAMELLI ARTEAGA, *Diálogos entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces constitucionales latinoamericanos*, ob. cit., pp. 35 y 53.

<sup>296</sup> UPRIMNY YEPES, RODRIGO, “El Bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal”, en la obra colectiva de la OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, T. I., Bogotá, 2002, p. 3.

constitucional. Por ende, el bloque de constitucionalidad es compatible con la idea de Constitución escrita y con la supremacía de la misma por cuanto es por imperio de la propia Constitución, como lo indica BIDART CAMPOS, que normas ajenas a su articulado comparta su misma fuerza normativa, puesto que la propia Carta, como fuente suprema, del ordenamiento, así lo ha estatuido”<sup>297</sup>.

¿Cómo ingresan los derechos humanos al nivel constitucional?

a) Otras cláusulas constitucionales de apertura al Derecho internacional. Además, en la construcción del concepto de bloque se observa que “para que un derecho o principio ingrese al bloque es necesario que exista una regla constitucional clara que ordene su inclusión”<sup>298</sup>, “como sucede con los tratados de derechos humanos y de derecho humanitario (CP, arts. 93 y 214)”<sup>299</sup>, es decir, hay que buscar “siempre un soporte directo en el texto constitucional”<sup>300</sup>.

b) Distintos sentidos de bloque de constitucionalidad:

“La Corte ha denominado indistintamente bloque de constitucionalidad: (i) las normas de rango constitucional, (ii) los parámetros de constitucionalidad de las leyes y (iii) las normas que son constitucionalmente relevantes en un caso específico”<sup>301</sup>.

“Es obvio que estos distintos sentidos del bloque de constitucionalidad se encuentren relacionados. Por ejemplo, una norma de jerarquía constitucional (primera acepción) opera como parámetro de constitucionalidad de las leyes (segunda acepción) y es además relevante (tercera acepción) para decidir casos constitucionales”<sup>302</sup>.

---

<sup>297</sup> BIDART CAMPOS, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, ob. cit., p. 264, citado por UPRIMNY YEPES, ob. cit., p. 9.

<sup>298</sup> UPRIMNY YEPES, ob. cit., p. 29.

<sup>299</sup> UPRIMNY YEPES, ob. cit., pp. 26 y 29.

<sup>300</sup> Son los siguientes artículos: 9, 44, 53, 93, 94, 102 y 214 (num. 2) de la Constitución que integran el Derecho internacional en el ordenamiento jurídico interno colombiano, Cfr. UPRIMNY YEPES, ob. cit., pp. 9 y 13.

<sup>301</sup> UPRIMNY YEPES, ob. cit., p. 29.

<sup>302</sup> Ídem, p.19.

En la primera acepción sigo al autor español BUSTOS GISBERT RAFAEL que precisa la relación del bloque con jerarquía. El bloque de constitucionalidad “supone una relación de jerarquía entre la norma constitucional y la norma infraconstitucional que la complementa”<sup>303</sup>.

En la segunda acepción la Corte Constitucional viene distinguiendo<sup>304</sup> entre el bloque de constitucionalidad en *stricto sensu* (como conjunto de normas con jerarquía constitucional) y en *lato sensu* (equivalente a parámetro de constitucionalidad)<sup>305</sup>.

En la tercera acepción el Tribunal Constitucional expresó: “En virtud del carácter judicial de la Corte IDH y su competencia para interpretar con autoridad la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la jurisprudencia que emite posee especial relevancia bajo las funciones integradora e interpretativa del bloque de constitucionalidad”<sup>306</sup>.

¿Tiene fuerza vinculante para el Estado la jurisprudencia interamericana? “La Corte coincide con el interviniente en que en esta materia es particularmente relevante la doctrina elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (...) es indudable que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un *criterio hermenéutico* para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”<sup>307</sup> (subrayas fuera del texto).

La Corte reitera el anterior precedente:

“(...) de acuerdo con el fallo citado, la jurisprudencia de la Corte IDH constituye un criterio hermenéutico relevante. Conforme al marco anterior,

---

<sup>303</sup> BUSTOS GISBERT, RAFAEL, *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, Ed. Porrúa, México, 2012, p. 12.

<sup>304</sup> La distinción viene desde la Sentencia C-358 de 1997, cfr. GÓNGORA MERA, “La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *ius constitutionale commune* latinoamericano”, en la obra colectiva *Ius constitutionale commune en América Latina*, ob. cit., pp. 316 y 317.

<sup>305</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-191 de 1998. Cfr. GÓNGORA MERA, ob. cit., pp. 316 y 317.

<sup>306</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-469 de 2016.

<sup>307</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-010 de 2000, párr. 7. Demandante: Ernesto Rey Cantor.

las decisiones y órdenes de la Corte, en la resolución de casos contenciosos son siempre vinculantes”<sup>308</sup>.

“La Corte también reconoce una fuerza especial a la jurisprudencia de las instancias internacionales de derechos humanos”<sup>309</sup>.

Al respecto comenta UPRIMNY YEPES que la Sentencia C-010 de 2000 “sigue siendo tal vez la más importante, pues en ella la Corte utiliza *in extenso* decisiones de instancias internacionales”<sup>310</sup>. En efecto, 16 años después en la Sentencia C-327 de 2016<sup>311</sup> y en especial el Voto<sup>312</sup> de la magistrada María Victoria Calle Correa, y en la Sentencia C-469 de 2016 la Corte reitera su jurisprudencia convirtiéndola en un sólido precedente en cuanto a este tema se refiere.

Cuando el artículo 93 de la Constitución relaciona los tratados internacionales que reconocen derechos humanos, se está refiriendo a los “derechos humanos intangibles”<sup>313</sup> y que la doctrina denomina el “núcleo esencial de los derechos humanos”<sup>314</sup> o “derechos inderogables”<sup>315</sup>. Entre esos derechos se hallan la prohibición de la tortura (artículo 5) y las garantías judiciales (artículo 8), caracterizándose como norma de *ius cogens*. Así mismo, se encuentran normas de *ius cogens* en el DIH y en el DPI calificadas así por la Corte Constitucional colombiana.

---

<sup>308</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-469 de 2016; cita a su vez las Sentencias C-653 de 2012 y T-367 de 2010. Además, el precedente también se reitera en las Sentencias C-067 de 2003 y T-1391 de 2001.

<sup>309</sup> UPRIMNY YEPES, ob. cit., p. 23.

<sup>310</sup> UPRIMNY YEPES, ob. cit., p. 24.

<sup>311</sup> La Corte sin mencionar el control de convencionalidad lo ejercita al realizar el examen de confrontación normativa entre el artículo 90 del Código Civil frente al artículo 4 de la CADH, para concluir que la norma interna no viola la norma convencional, fundamento 59. En esta Sentencia C-327 en los fundamentos 19 y 23 cita la jurisprudencia impartida en la Sentencia C-010 de 2000, demandante Ernesto Rey Cantor.

<sup>312</sup> Véase el trascendental Voto de la magistrada María Victoria Calle Correa, en el cual cuestiona la jurisprudencia constitucional, según la cual no se reconoce a la jurisprudencia de la Corte IDH su *fuerza jurídica vinculante*. La magistrada aboga por la aplicabilidad del control de convencionalidad.

<sup>313</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-067 de 2003.

<sup>314</sup> VILLAN DURÁN, CARLOS y FALEH PÉREZ, CARMELO, *El Sistema Universal de protección de los derechos humanos. Su aplicación en España*, Editorial Tecnos, Madrid, 2017, pp. 30 y 31.

<sup>315</sup> Véase el artículo 27 de la CADH que enumera los derechos humanos que no se pueden suspender.

## 12.4. TENDENCIA JURISPRUDENCIAL A LA PRIMACÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL

Se explicó la tendencia a la primacía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ahora continuaré con dicha tendencia del Derecho Internacional Humanitario y luego del Derecho Penal Internacional.

### a) Derecho Internacional Humanitario

“En efecto, la Corte ha admitido que se incorporen al bloque los Tratados de Derechos Humanos y las normas convencionales y consuetudinarias que conforman el Derecho Internacional Humanitario, así como las normas del *ius cogens* que se constituyen igualmente en parámetro para ejercer el control de constitucionalidad. Lo anterior no obsta para que la Corte determine en cada caso y con total precisión, tengan o no el carácter de normas de *ius cogens*, la totalidad de disposiciones sobre DIH que son obligatorias para el Estado colombiano como parte del bloque de constitucionalidad y que constituyen, en consecuencia, un parámetro necesario de referencia para el juez constitucional en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad.”<sup>316</sup>.

Luego agrega la Corte:

“No obstante lo anterior, es posible que algunas de las fuentes del derecho gocen de un predominio respecto de las fuentes nacionales. Conforme a ello, las disposiciones del *ius cogens* en tanto normas imperativas del derecho internacional tienen una jerarquía especial y, en esa medida, **la Constitución se encuentra a ellas sometidas**”. Sentencia C-269 de 2014<sup>317</sup>, con lo cual se afirma que “la Constitución colombiana debería ceder ante las normas internacionales”<sup>318</sup> (resaltado fuera del texto).

---

<sup>316</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-664 de 2013.

<sup>317</sup> “Sin embargo, tipos penales incluidos en el Estatuto de Roma sí presentan tal condición [normas imperativas], como ocurre por ejemplo con el delito de genocidio”, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-240 de 2009.

<sup>318</sup> IDÁRRAGA MARTÍNEZ, ANA MARÍA y CHAVARRÍA, JUANITA, “Relaciones entre el Derecho penal internacional y el derecho interno en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”, en la obra colectiva *Anacronismos y Vaticinios*, ob. cit., p. 490.



Significa lo anterior que el ordenamiento jurídico, incluida la Constitución y las reformas constitucionales transitorias (el MJP y el A.L. 01 de 2017, entre otras) están sometidas a las normas imperativas de *ius cogens*, ejemplo, el artículo 3 Común de los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, porque tienen jerarquía supraconstitucional dichas normas de *ius cogens*<sup>319</sup>.

## **b) Derecho Penal Internacional**

En efecto, algunas normas<sup>320</sup> del ER<sup>321</sup>, incluido el Preámbulo<sup>322</sup> forman parte del bloque de constitucionalidad<sup>323</sup> y se les asigna una posición de jerarquía constitucional convirtiéndolas en parámetro de constitucionalidad<sup>324</sup> de las normas infraconstitucionales también con una visión *monista*<sup>325</sup>, el derecho interno en relación con el derecho internacional<sup>326</sup>.

Algunas disposiciones del ER son normas de *ius cogens*, por ejemplo, el artículo 6 del ER que tipifica el crimen de genocidio la Corte Constitucional la califica como norma de *ius cogens* y le asigna jerarquía supraconstitucional (Sentencia C- 240 de 2009), con lo cual la Corte asume una visión monista para resolver los conflictos normativos<sup>327</sup>.

---

<sup>319</sup> De modo que la norma constitucional de la *renuncia a la persecución penal* estaría sometida a las normas de *ius cogens* contenidas en el artículo 3 Común, entre las que se encuentra la prohibición de la tortura, y por ningún motivo se podría restringir a las víctimas el ejercicio del derecho de acceso a la justicia transicional (art. 8, *garantías judiciales* CADH) no seleccionando, por ejemplo, los casos de tortura sexual para beneficiar a los agentes del Estado con dicha renuncia, porque la norma constitucional sería inconvencional con su aplicación.

<sup>320</sup> Artículos 6 genocidio (Sentencia C-488 de 2009), 7 crímenes de lesa humanidad (Sentencia C-1076 de 2002) y 8 crímenes de guerra (Sentencias C-291 de 2007, C-172 de 2004 y C-240 de 2009) del Estatuto de Roma.

<sup>321</sup> Resaltemos que la tortura está tipificada como crimen de lesa humanidad y crimen de guerra en el ER, así como también la violencia sexual, de tal manera que entrándose de estos crímenes no sería aplicable la *renuncia a la persecución penal* para los agentes del Estado, así éstos sean calificados como “no máximos responsables”. Por ello, procedería obligado el control de convencionalidad de dicha renuncia.

<sup>322</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-028 de 2005 citada en Sentencia C-290 de 2012.

<sup>323</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-290 de 2012.

<sup>324</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-928 de 2005 citada en Sentencia C-290 de 2012.

<sup>325</sup> Sentencias de la Corte Constitucional con una visión monista: Sentencias C-1076 de 2002, C-928 de 2005, C-291 de 2007, C- 488 de 2009 y C- 936 de 2010, según IDÁRRAGA MARTÍNEZ y CHAVARRÍA, ob. cit., p. 492.

<sup>326</sup> IDÁRRAGA MARTÍNEZ y CHAVARRÍA, ob. cit., p. 491. Es de resaltar que estos autores citan la Sentencia C-290 de 2012.

<sup>327</sup> Véanse IDÁRRAGA MARTÍNEZ y CHAVARRÍA, ob. cit., pp. 472 y 491.

Según la doctrina “la Corte ha apelado al monismo puro, si se trata de normas de DIH de naturaleza consuetudinaria, y al monismo moderado cuando se refiere a normas de DIH de carácter convencional”<sup>328</sup>.

“De lo anterior se puede concluir una predominancia de las normas del DPI”<sup>329</sup>. En otras palabras, los contenidos de *ius cogens* incluidos en el Preámbulo del ER<sup>330</sup> y las normas que tipifican crímenes internacionales con estatus de *ius cogens*<sup>331</sup> tienen *primacía* sobre el ordenamiento jurídico colombiano, incluida la Constitución de 1991 y las reformas constitucionales transitorias para la paz (Acto Legislativo 01 de 2012 –Marco Jurídico para la Paz–, y Acto Legislativo 01 de 2017).

Corroborar lo anterior el aporte de ELENA MACULAN: “El contenido del tratado internacional es utilizado como parámetro para evaluar la inconstitucionalidad de la ley penal”<sup>332</sup>, ejercicio que ha descartado la Corte Constitucional.

En efecto, la Corte Constitucional para resolver algunos conflictos normativos adopta una orientación jurisprudencial *in malam partem*, por ejemplo, en la sentencia C- 084 de 2016 se distancia de la jurisprudencia de la Corte IDH acerca del **deber de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a todos los responsables**, valiéndose del “método de la ponderación”<sup>333</sup> para eludir la aplicación de la jurisprudencia de la Corte IDH como fuente del derecho<sup>334</sup>. No obstante lo anterior, estas decisiones no son unánimes en el seno de la Corte<sup>335</sup>.

---

<sup>328</sup> ACOSTA PEÑALOZA, JUAN PABLO y SEVERICHE VELÁSQUEZ, SERGIO, “La jerarquía del Derecho Internacional Humanitario en el ordenamiento jurídico colombiano: una mirada desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”, en la obra colectiva *De anacronismos y vaticinios*, ob. cit., p. 447.

<sup>329</sup> IDÁRRAGA MARTÍNEZ y CHAVARRÍA, ob. cit., p. 476.

<sup>330</sup> Preámbulo: “(...) que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo (...) es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales (...)”. Obsérvese que la *renuncia a la persecución penal* para agentes del Estado es incompatible con el ER lo cual demostraré en el último capítulo.

<sup>331</sup> Artículos 6 (genocidio), 7 (crímenes de lesa humanidad) y 8 (crímenes de guerra) del ER.

<sup>332</sup> MACULAN, *Los crímenes internacionales en la jurisprudencia latinoamericana*, ob. cit., p. 196.

<sup>333</sup> “La idea de ponderar supone no eliminar, ni excluir ninguno de los derechos en tensión”. “La jurisprudencia consolidada de la Corte Constitucional establece que el Estado en modo alguno puede renunciar a su «deber general [...] de investigar y sancionar las graves violaciones de los derechos humanos y al DIH», ni aun en el marco de la justicia transicional, lo que proscribía la posibilidad de que en relación con esos delitos haya selección de procesos para renunciar a la investigación o persecución judicial”. Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-370 de 2006, C-936 de 2010 y C-711 de 2011.

<sup>334</sup> En la Sentencia C-007 de 2018 la Corte Constitucional reitera su precedente excluyente que viene de la Sentencia C-579 de 2013.

<sup>335</sup> En la aclaración de voto del magistrado Mendoza Martelo se argumenta que “la idea de ponderar supone no eliminar, ni excluir ninguno de los derechos en tensión”. Sentencia C-579 de 2013.

Sobre el particular volveré para demostrar el abrupto jurisprudencial de la Corte Constitucional para argumentar la constitucionalidad de la *renuncia a la persecución penal* acudiendo no solo a la ponderación, sino también al juicio de sustitución.

En síntesis, “la Corte definió el bloque de constitucionalidad como aquella *unidad jurídica* compuesta por normas, reglas y principios de valor constitucional”. Se trata de un “*conjunto normativo* de igual rango [constitucional]”<sup>336</sup>.

### **c) El precedente jurisprudencial constitucional excluyente del acervo convencional interamericano**

Si bien la Corte Constitucional sigue la jurisprudencia interamericana “como un criterio auxiliar o complementario de los parámetros de constitucionalidad, no la incluye dentro de los parámetros, ni dentro del bloque”<sup>337</sup>, así mismo lo reconoce un ex-magistrado de la Corte Constitucional cuando expresa: “(...) sin que necesariamente haga parte del bloque de constitucionalidad”<sup>338</sup>, tal vez porque la Corte no ha querido asignarle jerarquía constitucional al acervo convencional argumentando lo siguiente: “La armonización que se plantea no supone integrar al bloque de constitucionalidad la jurisprudencia de la Corte Interamericana”<sup>339</sup>. Esta jurisprudencia constitucional, al excluir la incorporación del acervo convencional, se suma a la renuencia de la aplicación del control de convencionalidad.

Con este marco jurisprudencial el Tribunal llega a la siguiente conclusión.

---

<sup>336</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-067 de 2003.

<sup>337</sup> RIVAS RAMÍREZ, “El (des)control de convencionalidad en las sentencias de la Corte Constitucional colombiana”, en la obra colectiva *De anacronismos y vaticinios. Diagnóstico sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno en Latinoamérica*, ob. cit., p. 677.

<sup>338</sup> SIERRA PORTO, HUMBERTO A., “La Corte Constitucional colombiana frente al control de convencionalidad”, en la obra colectiva *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (coordinadores EDGAR CORZO SOSA, JORGE ELISES CARMONA TINOCO & PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI), México, Tirant lo Blanch, 2013, p. 441.

<sup>339</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-500 de 2014. En sentido contrario: “(...) la jurisprudencia [internacional] hace parte del bloque de constitucionalidad”, salvamento de voto del magistrado Jaime Araújo Rentería, Sentencia C- 187 de 2006.

#### **d) La Corte Constitucional no es juez de convencionalidad**

*“La Corte Constitucional no es juez de convencionalidad, esto es, no está llamada a verificar la concordancia abstracta de la legislación nacional con los tratados internacionales que obligan al Estado”*<sup>340</sup> (resaltado del Tribunal).

En síntesis, “la Corte ha sido enfática en establecer que el análisis de constitucionalidad de las disposiciones legales, requiere una confrontación directa de las normas en cuestión con el texto de la Carta Política, y no con ningún otro”<sup>341</sup>. En estricto sentido, la Corte Constitucional sólo tiene competencia para ejercer el control de constitucionalidad abstracto de las leyes aplicando la Constitución<sup>342</sup> y no inaplica normas internas incompatibles con la CADH, para aplicar el tratado, y menos aplica la jurisprudencia interamericana como lo demuestro a continuación.

Veamos el siguiente caso concreto. El Tribunal Constitucional se abstuvo de confrontar la Ley 734 de 2002 aprobatoria del Código Disciplinario Único con el artículo 23 de la CADH para no establecer su manifiesta incompatibilidad y, consecuentemente, no declarar su inconstitucionalidad en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad<sup>343</sup>.

En efecto, la Corte Constitucional ha negado la aplicabilidad del control de convencionalidad, entre otros casos<sup>344</sup>, en Sentencia SU-712 de 2013 (caso

---

<sup>340</sup> “Convención Americana de Derechos Humanos que se integra al bloque de constitucionalidad, pero ello no significa que adquiera el rango de norma supra-constitucional”, Corte Constitucional, Sentencia C- 941 de 2010. En esta sentencia cita la Sentencia C-1189 de 2000, que a su vez remite a la Sentencia C-400 de 1998. Dicho precedente ha sido reiterado en la Sentencia C-269 de 2014 y con claro retroceso jurisprudencial en la Sentencia C-111 de 2019 que adelante cuestionaré.

<sup>341</sup> La Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia C-941 cita la Sentencia C-1189 de 2000 que a su vez remite a la Sentencia C-400 de 1998.

<sup>342</sup> “(...) No es factible, por la vía del control constitucional abstracto, y en términos generales, declarar la inexecutable de una norma que contradiga un tratado”, y luego agrega: “(...) el hecho de que se acepte que los tratados internacionales deben ser acatados, no implica que las normas legales contrarias a lo pactado deban ser consideradas inconstitucionales”, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-358 de 1997, y soslayando de esta forma la primacía de la CADH pretende afianzar la supremacía de la Constitución con el fin de evadir la declaratoria de inconvencionalidad de normas constitucionales manifiestamente incompatibles con la CADH, contradiciéndose de esta forma con sus propios precedentes: “Lo que es inadmisibles es el mantenimiento de una incompatibilidad entre un tratado y la Carta”. Sentencia hito C-400 de 1998, reiterada en Sentencia C-269 de 2014.

<sup>343</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-028 de 2006.

<sup>344</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-442 de 2013.

Piedad Córdoba)<sup>345</sup> la Corte argumentó<sup>346</sup> que la Procuraduría General de la Nacional constitucionalmente tenía competencia para sancionar administrativa/disciplinariamente con destitución a todos los funcionarios públicos, incluidos los de elección popular, sentando así una “*regla jurisprudencial*” que hizo tránsito a cosa juzgada constitucional (en Sentencia SU-355 de 2015), según la misma Corte. Reiterando su precedente jurisprudencial la Corte eludió aplicar el control de convencionalidad a una norma legal por su manifiesta incompatibilidad con el artículo 23.2 de la CADH<sup>347</sup>. Este precedente jurisprudencial *in malam partem* se reiteró en la Sentencia C-111 de 2019, según la cual “el artículo 23 de la CADH debe interpretarse de manera coherente con la Constitución”<sup>348</sup>, jurisprudencia constitucional y normativa legal incompatible con la CADH y, por ende, inconvencional, como se demostrará a continuación.

#### **e) El Consejo de Estado como juez de convencionalidad**

Posteriormente el Consejo de Estado, actuando como “juez de convencionalidad” (caso Petro Urrego)<sup>349</sup>, activó el control de convencionalidad haciendo un examen de confrontación normativo entre el artículo 277.6 de la Constitución y el artículo 44.1 de la Ley 734 de 2002<sup>350</sup> frente al artículo 23. 2 de la CADH, el cual aplicó directamente para establecer la incompatibilidad entre la citada ley y la norma convencional con el fin de declarar la nulidad del acto administrativo sancionatorio del alcalde elegido popularmente, por carecer de competencia dicha autoridad administrativa, invocando como fundamento la

---

<sup>345</sup> Sentencia de unificación jurisprudencial que se relaciona con un proceso constitucional en ejercicio de la acción de tutela promovido por la ciudadana Piedad Córdoba, elegida popularmente para el cargo de Senadora de la República, quien alegó la violación de sus derechos políticos, por haber sido destituida mediante un acto administrativo sancionatorio de la PGN, en un procedimiento de única instancia.

<sup>346</sup> “7.6.3. En este orden de ideas, la aplicación de *la Convención Americana debe tener en cuenta la arquitectura institucional de cada Estado*. Así como fue explicado en la sentencia C-028 del 2006, la aplicación del bloque de constitucionalidad debe armonizarse [con] la Constitución, a partir de una interpretación coherente, sistemática y teleológica, con el propósito de lograr conciliar las reglas de uno y otro”.

<sup>347</sup> En esta sentencia de unificación jurisprudencial un Magistrado salvo su voto, argumentando lo siguiente: “(...) en este caso correspondía a la Corte Constitucional asumir el control de convencionalidad, y el método para llevarlo a cabo consistía precisamente en asumir un cambio jurisprudencial, después de conocer el sentido de la decisión Leopoldo López contra Venezuela”, adoptada por la Corte IDH.

<sup>348</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-111 de 2019, párr. 26.1.

<sup>349</sup> La Corte destacó la actuación del Consejo de Estado como “juez de convencionalidad”, **Caso Petro Urrego contra Colombia**, párr.106.

<sup>350</sup> Normatividad que le asigna competencia a la PGN para imponer sanciones administrativas de destitución a servidores públicos elegidos popularmente.

jurisprudencia de la Corte IDH (caso Leopoldo López contra Venezuela)<sup>351</sup>. En síntesis, el Consejo de Estado interpretó y aplicó directamente el artículo 23.2 de la CADH para resolver dicho caso, garantizando la permanencia en el cargo del alcalde elegido por el pueblo protegiendo los derechos políticos<sup>352</sup>.

En otras palabras, la jurisprudencia constitucional unificada (Sentencia SU-355 de 2015: regla jurisprudencial) fue inaplicada por la Sala Plena del Consejo de Estado, y aplicando la jurisprudencia interamericana realizó control de convencionalidad jurisprudencial que se materializa en la sentencia de noviembre 15 de 2017, por medio de la cual se exhortó al Congreso a implementar las reformas a que haya lugar<sup>353</sup>, lo cual a la fecha no se ha realizado.

Según GIL BOTERO el Consejo de Estado, en la citada Sentencia de noviembre 15 de 2017, “inaplicó una norma constitucional y una legal. No obstante, consideramos que a pesar de las normas calificadas como inconvenientes siguen vigentes, esa sentencia ya constituye un precedente de obligatorio cumplimiento en casos futuros; hay que decir que fue un control normativo aplicado de forma magistral”<sup>354</sup>.

Los anteriores son los aportes del Consejo de Estado y los recientes retrocesos jurisprudenciales de la Corte Constitucional. Posteriormente la Corte IDH, citando su propio precedente (caso Leopoldo López contra Venezuela), en ejercicio del control de convencionalidad le ordenó al Estado colombiano adecuar su ordenamiento interno a los artículos 2 y 23 de la CADH<sup>355</sup>, indicando además que la jurisprudencia constitucional no se adecúa a la jurisprudencia interamericana<sup>356</sup>.

---

<sup>351</sup> Jurisprudencia interamericana que la Corte Constitucional eludió aplicar en la Sentencia C-111 de 2019, párr. 30.

<sup>352</sup> Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, sentencia de noviembre 16 de 2017, Expediente 1131-3014. Demandante Gustavo Francisco Petro Urrego. Por Auto de febrero 31 de 2018, se aclaró la citada sentencia.

<sup>353</sup> El objeto de la orden es poner en plena vigencia el artículo 23 de la CADH, lo cual a la fecha el Estado no ha cumplido, siguiendo el regresivo precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional; véase Sentencia C-111 de 2019.

<sup>354</sup> GIL BOTERO, ob. cit., pp. 193 y 195.

<sup>355</sup> **Caso Petro Urrego contra Colombia**, párrs. 95, 111 a 116, parte resolutive 8.

<sup>356</sup> *Ibidem*, párr.117.

## f) La Corte Constitucional aplica el juicio de sustitución de la Constitución

En la Sentencia fundadora C-551 de 2003 la Corte incorporó el concepto de sustitución de Constitución como límite al ejercicio del control de constitucionalidad en materia de vicios competenciales en punto a reformas al Texto Fundamental<sup>357</sup>.

El juicio de sustitución de la Constitución se realiza “por medio de un test de sustitución; se trata simplemente de construir un silogismo jurídico, cuya premisa mayor sea un eje fundamental de la Constitución de 1991<sup>358</sup>; una premisa menor conformada por el acto reformativo al Texto Fundamental, para finalmente derivar en una conclusión”<sup>359</sup>.

¿Cuál es el objeto del juicio de sustitución? “[éste] no tiene por objeto constatar una contradicción entre normas, como sucede típicamente en el control material ordinario”<sup>360</sup>. Luego agrega: “En el juicio de sustitución no hay una comparación entre la reforma y la Constitución con miras a establecer si la primera contradice la segunda”.

En el control de constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2012<sup>361</sup> (Marco Jurídico para la Paz), creador de la *renuncia a la persecución penal*, soslayando la jurisprudencia *constante*<sup>362</sup> de la Corte IDH, máximo intérprete de la CADH, la Corte Constitucional ejercitó el “juicio de sustitución”<sup>363</sup>, y aplicando la

---

<sup>357</sup> “La Corte señala que sustituir es modificar un elemento esencial definitorio de la identidad de la Constitución, donde la transformación es de tal magnitud que la Constitución anterior a la reforma resultó ser opuesta integralmente a la posterior a la reforma”, ARANGO MONTES, ALBERTO, “Sustitución y reforma de la Constitución de 1991”, en *Controversias Constitucionales. Colección de Textos de Jurisprudencia*, Editorial Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 2009, pp. 184-223.

<sup>358</sup> Hasta el momento la Corte reseña los siguientes principios: democrático, de supremacía constitucional, de separación de poderes, orientadores de la carrera administrativa, de moralidad política, de autogobierno judicial, de autonomía judicial, de alternancia Presidencial, y otros ejes fundamentales como el modelo del Estado social de derecho, derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, y el deber del Estado de respetar, garantizar y proteger los derechos humanos.

<sup>359</sup> Cfr. Corte Constitucional de Colombia, Sentencias 579 de 2013, párr. 5.2 y C-332 de 2017, salvamento parcial de voto del Magistrado Alberto Rojas Ríos, párr. 1.2.

<sup>360</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-141 de 2010 y C-1040 de 2005, párrs. 7.10.2 y 7.10.3.

<sup>361</sup> El Acto Legislativo 01 de 2017 reformó parcialmente el A.L. 01 de 2012, que sin alterar la renuncia a la persecución penal repite su texto.

<sup>362</sup> El régimen especial de los crímenes internacionales de *ius cogens* que limita a los Estados para crear eximentes de responsabilidad penal que impidan investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a **todos** los responsables de dichos crímenes.

<sup>363</sup> Premisa mayor, el deber de investigar, juzgar y sancionar es un eje fundamental de la Constitución; premisa menor, la renuncia a la persecución penal de los casos no seleccionados. Conclusión, el deber no

ponderación evadió constatar la manifiesta contradicción material entre la citada norma constitucional y la CADH, omitiendo así activar el control de convencionalidad de la citada renuncia.

Como lo anuncié ofrezco con humildad un concepto de juicio de convencionalidad para activar el control de convencionalidad en sede nacional, a semejanza del control ejercido en sede internacional por la Corte IDH, con particular referencia a la justicia transicional colombiana.

#### **g) El juicio y el control de convencionalidad en sede nacional**

Las fases del juicio de convencionalidad en sede nacional son las siguientes: (i) la identificación de los hechos probados del caso (ii) la confrontación entre la norma constitucional de la renuncia a la persecución penal para los agentes del Estado y la CADH y la norma internacional del deber irrenunciable de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables (iii), la interpretación y argumentación a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH aplicable al caso con el fin de inaplicar la norma constitucional y aplicar la normativa internacional, y (iv) la Jurisdicción Especial para la Paz resuelve el caso ordenando investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a **todos** los responsables de crímenes internacionales de *ius cogens*.

En el siguiente capítulo propondré un concepto de bloque de constitucionalidad con fundamento en las cláusulas constitucionales de apertura al Derecho internacional, en el derecho constitucional comparado de América Latina y parte del Caribe, mediante las cuales se incorpora el acervo convencional interamericano a dicho bloque para garantizar, en condiciones de plena igualdad, a las víctimas el acceso a la justicia transicional colombiana con el fin de *poner fin a la impunidad*.

---

se sustituye con la renuncia, porque la Corte pondera la paz y no la justicia, y por ello la reforma es constitucional. El Magistrado González Cuervo recordó que la misma Corte se había referido a la **obligación irrenunciable** de investigar, juzgar y sancionar los delitos graves conforme al derecho internacional, Sentencia C-578 de 2002, salvamento de voto, párr. 4. El Magistrado Mendoza Martelo argumentó: “La idea de ponderar supone no eliminar, ni excluir ninguno de los derechos. Consecuentemente, resultan inaceptables medidas que supongan la renuncia del deber estatal de investigar, juzgar y sancionar las violaciones graves a los derechos humanos y al DIH”, aclaración de voto, párr. 4.



### CAPÍTULO III

## SISTEMAS CONSTITUCIONALES Y CLÁUSULAS DE APERTURA AL DERECHO INTERNACIONAL

*“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”<sup>1</sup>.*

El principio de la *primacía* del acervo convencional se formula en el marco del SIDH, relacionado con la descripción normativa de los sistemas constitucionales en América Latina y parte del Caribe que clasificaré y propondré como modelos, en el escenario de la OEA<sup>2</sup>, con los Estados Parte en la CADH que han aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH, en el lapso comprendido entre 1991 y 2017, con énfasis en la Constitución de Colombia, por ser el primer modelo con una tendencia a la primacía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con tres cláusulas de apertura.

¿Por qué durante este lapso? La Constitución de Colombia es la primera que se expidió en 1991 y la Constitución de México de 2011 es la última de las Constituciones con dicha tendencia. Se aclara que nuestra Constitución ha sido reformada por el Acto Legislativo 01 de 2001 que incorporó el Estatuto Penal de Roma y por el Acto Legislativo 01 de 2012 (Marco Jurídico para la Paz), por medio del cual se constitucionalizó la justicia transicional y se crearon los mecanismos constitucionales procesales de *priorización* y *selección* y la *renuncia condicionada a la persecución judicial* de todos los casos que no se seleccionen, tema central de la tesis doctoral. Así mismo se reformó transitoriamente la Constitución mediante los Actos Legislativos 01, 02 y No 03 de 2017 implementado el Acuerdo Final para la Paz (un acuerdo político); sólo me ocuparé de este A.L. 01.

---

<sup>1</sup> Artículo 10 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*.

<sup>2</sup> Organización Internacional de Estados integrada por 22 Estados de Norte América, Centro América, América del Sur y 13 islas del Caribe.

En la proposición de la clasificación de los sistemas constitucionales seguiremos las enseñanzas en Derecho constitucional comparado de los profesores italianos GIUSEPPE DE VERGONTINI<sup>3</sup> y LUCIO PEGORARO y ANGELO RINELLA<sup>4</sup>.

Se clasifican dos sistemas constitucionales en los Estados latinoamericanos y del Caribe a manera de panorama normativo, con el fin de ofrecer un somero, sencillo y breve examen en derecho constitucional comparado en derechos fundamentales y derechos humanos, con el objeto de verificar empíricamente la *primacía* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos sobre el ordenamiento jurídico interno, e identificar una tendencia de primacía moderada de algunas Constituciones.

## **1. SISTEMA CON CONSTITUCIONES CON TENDENCIA A LA PRIMACÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS<sup>5</sup>**

Este sistema se caracteriza porque las Constituciones contienen cláusulas similares con algunas diferencias formales a partir de tres criterios: la *jerarquía* constitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos (i); la *prevalencia* de estos instrumentos sobre el ordenamiento jurídico interno (ii), y la *interpretación conforme* al DIDH (iii). Estos Estados son Parte en la CADH y han aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH. Este sistema lo presento como modelo de control de convencionalidad fortalecido, porque, como se observará, las Constituciones tienen una particular configuración normativa apta para resolver los conflictos normativos de inconvencionalidad mediante dicho control. Son estas las llamadas por la doctrina cláusulas constitucionales *de “remisión”* o “cláusulas abiertas” o “cláusulas bisagra” o “estatalidad abierta” a otras fuentes del Derecho internacional.

---

<sup>3</sup> DE VERGOTTINI, GIUSEPPE, *Derecho constitucional comparado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

<sup>4</sup> PEGORARO, LUCIO y RINELLA ANGELO, *Diritto costituzionale comparato, Aspetti metodologici*, Cedam, Italia, 2013. PEGORARO, LUCIO, “Comparación jurídica y uso «externo» de otras ciencias”, en *AVANCES, Revista de Investigación Jurídica*, N° 7, Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo, enero/diciembre, Lima, 2012, pp. 296, 298, 307, 341 y 344.

<sup>5</sup> De 35 Constituciones de Estados Miembros de la OEA, solo 12 tienen dicha configuración normativa, lo que equivale a un 34,28 %.

Presento el primer sistema constitucional y selecciono en orden las siguientes Constituciones vigentes de Norte América, Centro América, América del Sur, y dos Constituciones del Caribe con tendencia a la primacía y a partir de los tres criterios mencionados:

- a) *Constituciones que asignan jerarquía constitucional a los instrumentos internacionales de derechos humanos.* Las Constituciones de Venezuela (1999)<sup>6</sup>, artículo 23; Argentina (reformada en 1994), artículo 75, inciso 22; Nicaragua (reformada en 1995), artículo 46; Bolivia (2009) artículo 410 II y la Constitución de República Dominicana (2010), artículo 74, núm. 3<sup>7</sup>.
- b) *Constituciones con cláusula de interpretación conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.* Constitución de Haití (1987), artículo 19; Constitución de Perú (1993), cuarta disposición transitoria; Constitución de Colombia, artículo 93<sup>8</sup>; Constitución de Bolivia, artículos 13 IV y 256 II, y Constitución de los Estados Unidos de México (reformada en 2011), artículo 1.
- c) *Constituciones con cláusula de prevalencia.* Brasil (1988), artículo 4 II, Constitución de Colombia (1991), artículo 93; Constitución de Guatemala (1993), artículo 46; Constitución de Venezuela (1999), artículo 23; Constitución de Ecuador (2008), artículo 424 inciso 2, y Constitución de Bolivia (2009), artículos 13 IV y 256 I.
- d) Adelante explicaré los conceptos de las cláusulas de jerarquía, de interpretación conforme y de prevalencia, siguiendo la doctrina europea y latinoamericana.

---

<sup>6</sup> Se aclara que Venezuela denunció, y por tanto ya no es Parte en la CADH, asumiendo una posición *estatalista* y retadora ante el IDH. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela declaró una sentencia de la Corte IDH como “no ejecutable” (Caso Abogados Gustavo Álvarez Arias y otros, Sentencia N° 1939 de diciembre 18 de 2008).

<sup>7</sup> LAURENCE BURGORGUE-LARSEN considera que los tratados de derechos humanos tienen valor *supraconstitucional* en las Constituciones de Bolivia (2009), artículo 256.I, y de Ecuador (2008), artículo 424. La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Tribunal Constitucional, en la obra colectiva *Ius constitutionale commune* en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos”, ob. cit., pp. 445 a 447.

<sup>8</sup> Reformada mediante el Acto Legislativo 02 de 2017, que introdujo una cláusula de interpretación conforme al DIH, y con tendencia a la primacía del DIH; es un modelo único en el derecho constitucional comparado en América Latina.

## 2. SISTEMA CON CONSTITUCIONES SIN TENDENCIA A LA PRIMACÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Este sistema se caracteriza porque las Constituciones no contienen normas de *primacía* del DIDH verificables empíricamente; luego “donde no existe ese mandato expreso, la obligación está implícita o inmanente”<sup>9</sup>. Este sistema no lo desarrollaré ya que las Constituciones omiten esa particular configuración normativa. Al final del trabajo me ocuparé de enunciar una fórmula genérica para resolver los conflictos normativos de inconventionalidad mediante la interpretación *secundum conventionem*. Este sistema lo presento como modelo de control de convencionalidad debilitado o impuro.

El sistema con doce Constituciones con tendencia a la primacía del DIDH será el que desarrollaré, aclarando que no me referiré específicamente a cada una de estas Constituciones, sino a la Constitución de Colombia de 1991, reformada transitoriamente, como se advirtió en 2017, incorporando una cláusula transitoria que remite al Acuerdo Final para la Paz, siendo el DIH un parámetro de interpretación que obligatoriamente debe aplicar la Corte Constitucional y la Jurisdicción Especial para la Paz. En síntesis, la Constitución colombiana marca una primacía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional; modelo único en el derecho constitucional latinoamericano comparado.

Dichas “Constituciones son un prodigio de originalidad”<sup>10</sup>, resalta CANOSA USERA. Un modelo con marcada tendencia a la primacía constitucional corresponde a la nueva Constitución de Cuba de 2019, porque esta “prima sobre [los] tratados internacionales”, artículo 8, artículo 12 y Preámbulo (anti-imperialismo, marxista, leninista, etc.).

---

<sup>9</sup> GARCÍA ROCA, *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, ob. cit., p. 53.

<sup>10</sup> CANOSA USERA, *El control de convencionalidad*, ob., cit., p. 19.

### 3. INTERCONEXIÓN NORMATIVA DE CONSTITUCIONES CON INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Se trata de un modelo de constituciones interconectadas con instrumentos internacionales de derechos humanos que proviene de las Constituciones de Portugal de 1976<sup>11</sup> y España de 1978<sup>12</sup> con notoria tendencia *monista* con particular referencia a la segunda. En efecto, “el artículo 10.2 debe comprenderse también como una *regla de relación entre el ordenamiento interno y los ordenamientos internacionales*”<sup>13</sup>. “Uno de los ámbitos en que se refleja este espíritu de apertura al derecho internacional es el de la protección de los derechos humanos, donde la Constitución española fue innovadora”<sup>14</sup>.

En esta parte me referiré a las cláusulas constitucionales de jerarquía, de apertura y de prevalencia<sup>15</sup>, con el fin de verificar las interconexiones normativas entre el ordenamiento jurídico interno y el ordenamiento jurídico internacional, y teóricamente establecer la *primacía* de este ordenamiento sobre aquél, en el constitucionalismo de América Latina y dos Constituciones del Caribe, según el novedoso diseño arquitectónico de las doce<sup>16</sup> Constituciones que conforman los

---

<sup>11</sup> Art. 16: “1. Los derechos fundamentales proclamados en la Constitución no excluyen cualesquiera otros que resulten de las leyes y de las normas aplicables del derecho internacional. 2. Los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales **deberán ser interpretados e integrados en armonía con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre**”.

<sup>12</sup> Art. 10.2: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce **se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España**”.

<sup>13</sup> GARCÍA ROCA, *La recepción constitucional de la idea de ordenamiento jurídico y su impacto en las fuentes del Derecho* (trabajo inédito), Madrid, 2020, p. 8.

<sup>14</sup> FERNÁNDEZ LIESA, CARLOS R. y ALCOCEBA GALLEGU, AMPARO, “La idea de Constitución y el fenómeno jurídico internacional”, en *La Constitución a examen. Un estudio académico 25 años después*, Barcelona, Instituto de Derechos Humanos “Fray Bartolomé de Las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 775.

<sup>15</sup> Cláusula de *jerarquía* de los instrumentos internacionales de derechos humanos, cláusula de *apertura* constitucional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y cláusula de *prevalencia* para resolver los conflictos normativos de inconciliabilidad. Estas cláusulas modifican el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico interno de los Estados Parte en la CADH. La jurisprudencia de algunos Tribunales constitucionales latinoamericanos, en gran parte, giran alrededor de la aplicación de estas cláusulas, que en su origen están pensadas en el principio de la supremacía de la Constitución y el principio de jerarquía, principios que provienen de la interpretación de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica por parte de la Corte Suprema de Justicia (en el caso Marbury contra Madison, Sentencia de 1803), en el marco del control difuso de constitucionalidad de las leyes que inspira la gran mayoría de las Constituciones en América Latina, diferente a la realidad constitucional europea con un control concentrado de constitucionalidad, en escenarios y contextos distintos (económicos, sociales, políticos, religiosos y culturales).

<sup>16</sup> Aclaro que solo me referiré a las Constituciones más citadas por la doctrina, obvio con particular referencia a la Constitución de Colombia de 1991, reformada en 2012 y 2017 incorporando una *justicia transicional*, un modelo *sui generis* de justicia en el derecho constitucional comparado.

sistemas constitucionales anteriormente clasificados, particularmente a partir de la Constitución colombiana reformada en 2017.

Explicué anteriormente que algunas constituciones de América Latina contienen normas (con los tres criterios anunciados) de interconexión con las normas que reconocen derechos humanos contenidos en instrumentos internacionales de derechos humanos, por ejemplo, la CADH. Como se advirtió de las Constituciones del Caribe, solo seleccionaré la Constitución de República Dominicana y la de Haití, todo lo cual precisa inferir una realidad constitucional diferente a la europea por razones que se explican en otro apartado.

“El fenómeno de la interconexión de ordenamientos jurídicos, con tantas posibles consecuencias y significados, puede ser contemplado en lo que tiene que ver con el modelo de fuentes del derecho”<sup>17</sup>, porque a esos ordenamientos, repito, se interconectan instrumentos internacionales de derechos humanos como una nueva fuente del derecho. De esta forma, “el concepto de ordenamiento se reformula en el Estado constitucional de Derecho”<sup>18</sup>, que trataré a continuación.

El planteamiento del título es desafiante y provocador para quienes desconocen la realidad constitucional latinoamericana y del Caribe. “De este planteamiento se deducen también los principales problemas para la comprensión de la forma en que se plasma la supremacía jurídica de la Constitución”<sup>19</sup>, en especial en América Latina, por la novedosa construcción arquitectónica de algunas Constituciones con viraje hacia el DIDH (entendido como un conjunto de Declaraciones y Tratados internacionales que reconocen derechos humanos), del que proviene el principio sustantivo de primacía del acervo constitucional para interconectarse con el principio de supremacía de las Constituciones, generando una metamorfosis en los ordenamientos jurídicos internos en el que

---

<sup>17</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, LORENZO, *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Thomson y Civitas, Madrid, 2004, p. 25.

<sup>18</sup> BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO, “Fuentes del derecho, espacios constitucionales y ordenamientos jurídicos”, en la *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, N° 69, Año 23, septiembre/diciembre, Madrid, 2003, pp. 181-213.

<sup>19</sup> BUSTOS GISBERT, RAFAEL, *La Constitución Red: un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, Bilbao, 2005, p. 72.

se asienta el Estado de Derecho con su sistema de derechos constitucionales fundamentales y derechos humanos.

### **3.1. LA RECEPCIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO**

MANUEL BECERRA RAMÍREZ afirma que “en la doctrina se pueden reconocer dos sistemas de recepción de los tratados: la doctrina de incorporación y la de transformación”<sup>20</sup>, recepción que depende de lo que establezcan las Constituciones de los Estados.

La recepción de las normas internacionales en el ordenamiento jurídico interno implica resolver tres problemas, según GUTIÉRREZ ESPADA y CERVELL HORTAL:

- a) “Es preciso determinar los procedimientos técnicos mediante los que las normas internacionales pasan a formar parte del Derecho interno (su «*recepción*»).
- b) “Seguidamente debe dilucidarse cuál es el rango que a las normas internacionales corresponde en el esquema de fuentes del sistema del Estado (su «*jerarquía*»); y
- c) “Habría que referirse a la cuestión de la «*aplicación*» por los órganos del Estado del Derecho internacional que forma parte de su sistema interno”<sup>21</sup>.

En otras palabras, ¿cómo ingresan los tratados de derechos humanos –la “*recepción*”– en el ordenamiento jurídico interno? En efecto, se realiza mediante un “acto de recepción” “y, en su caso, ¿cuál debe ser éste”<sup>22</sup>? Puede ser una ley expedida por el Congreso, mediante la cual se aprueban los tratados internacionales<sup>23</sup>; “bien entendido que tal recepción es independiente de la

---

<sup>20</sup> BECERRA RAMÍREZ, MANUEL, *La recepción del Derecho Internacional en el derecho interno*, 2ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2012, p. 25.

<sup>21</sup> GUTIÉRREZ ESPADA y CERVELL HORTAL, ob. cit., p. 272.

<sup>22</sup> RIDRUEJO PASTOR, JOSÉ ANTONIO, *Curso de Derecho internacional público y organizaciones internacionales*, Edit. Tecnos, Madrid, 2014, p. 169.

<sup>23</sup> Por ejemplo, las Constituciones de Colombia y de Argentina; o el Senado mexicano es el que aprueba el tratado. Mediante la publicación oficial del tratado lo establece la Constitución de República Dominicana en el artículo 26, numeral 2.

manifestación de la voluntad del Estado en obligarse internacionalmente por el tratado”<sup>24</sup>.

¿Cuál es su fuente?: dualismo o monismo<sup>25</sup>. ¿Dónde se ubican dichos tratados una vez formen parte de dicho ordenamiento? O sea, ¿cuál es su jerarquía?: constitucional o infraconstitucional. Definidas la recepción y la “*jerarquía*” de los tratados, ¿cómo se efectúa su “*aplicación*”? Si es directa o no la aplicabilidad de las normas del tratado, ello depende, en parte, de si las normas que reconocen los derechos humanos están o no configuradas como normas *self-executing*<sup>26</sup>. Adelante resolveré lo relacionado a la jerarquía y aplicabilidad de los tratados.

Algunas Constituciones establecen el control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales. Recepcionado con control de constitucionalidad y en vigor<sup>27</sup> “el tratado se convierte en norma nacional”<sup>28</sup> (ejemplo, la CADH), siendo “*norma interna de fuente internacional*, lo que implica su obligatoriedad y aplicabilidad en el ámbito doméstico”<sup>29</sup>.

En lo sucesivo partiré del supuesto que se ha producido la *recepción* de la CADH en el ordenamiento jurídico interno, y de que el Estado es Parte<sup>30</sup> en la CADH y ha aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH. La CADH es derecho interno, “es decir, que cuando la [CADH] entró en el ordenamiento penetraba una norma de insospechado alcance, lo que significa la posibilidad de desplazar el

---

<sup>24</sup> RIDRUEJO PASTOR, *Curso de Derecho Internacional Público y organizaciones internacionales*, ob. cit., p. 174.

<sup>25</sup> No profundizaré en el debate del dualismo o monismo; me propondré demostrar que las nuevas cláusulas constitucionales latinoamericanas y algunas caribeñas tienen una tendencia *monista* moderada, con **primacía** del DIDH sobre el ordenamiento jurídico interno, en la hipótesis de conflictos normativos entre normas internas y normas del DIDH, el DIH y el DPI.

<sup>26</sup> GUTIÉRREZ ESPADA, CESARIO, *Derecho Internacional Público*, Editorial Tecnos, Madrid, 1995, pp. 627 y 641. PIZA R., RODOLFO E. y TREJOS, GERARDO, “La auto aplicación (*self-executing*) de las normas del Derecho internacional en el Derecho interno”. Especial referencia a la auto-aplicación de la CADH, pp. 249 y 301, en VARGAS CARREÑO, EDMUNDO, *Introducción al derecho internacional*, Edit. Juricentro, San José de Costa Rica, 1979, pp. 245 y ss. REY CANTOR, ERNESTO, *Celebración y jerarquía de los tratados de derechos humanos*, 2ª ed., Ediciones Ciencia y Derecho, Bogotá, 2007, pp. 99 y 130.

<sup>27</sup> “Es el momento en el que un tratado adquiere plena eficacia, esto es, deviene obligatorio y es susceptible de aplicación directa, dependiente de su carácter *self-executing*”. REMIRO BROTONS, *Derecho Internacional Público*, T. II, *Derecho de los tratados*, ob. cit., pp. 260 y 272.

<sup>28</sup> CANOSA USERA, *El control de convencionalidad*, ob. cit., p. 22.

<sup>29</sup> FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR, “Protección jurídico constitucional de los derechos humanos de fuente internacional en los ordenamientos de Latinoamérica”, en PÉREZ ROYO, JAVIER; URÍAS MARTÍNEZ, JOAQUÍN PABLO y CARRASCO DURÁN, MANUEL (Coords.), *Derecho constitucional para el siglo XXI. Actas del VIII Congreso Iberoamericano Derecho Constitucional*, T. I, Edit. Thomson Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 1727-1746.

<sup>30</sup> El Estado ha hecho el depósito del instrumento de ratificación o de adhesión de la CADH.



derecho interno”<sup>31</sup>. “Una vez integrada, la Constitución hace suya la norma externa”<sup>32</sup>. Por consiguiente, se interconectan normas internas con normas de origen internacional para su aplicabilidad.

De la aplicabilidad de un tratado de derechos humanos se podrían presentar conflictos normativos o *antinomias*: normas internas *que contradicen las* normas convencionales de derechos humanos, que se resolverían con una interpretación conforme, o por medio del control de convencionalidad, haciendo operativo el principio sustantivo de la primacía del acervo convencional con el juicio de convencionalidad.

Concluyo esta parte. “Una vez que el Estado ha ratificado válidamente [la CADH] aquél queda obligado por el [*acervo convencional*]”<sup>33</sup>, el cual deberá ser aplicado directamente por el juez interno.

### **3.2. LOS LÍMITES *HETERÓNOMOS* PROVENIENTES DE TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS**

Los tratados de derechos humanos en vigor establecen límites *heterónomos* al ejercicio del poder constituyente constituido<sup>34</sup> del Estado que se ha hecho Parte en el tratado; se trata del contenido material de los límites internacionales del poder constituyente<sup>35</sup>; precisa REQUEJO PAGÉS lo siguiente: “En razón de su singular régimen de aplicación, limitan, incluso, a la Constitución misma, relegada en su operatividad inmediata a la prevalencia de las normas de aquellos sistemas”<sup>36</sup> [internacionales]. Por ejemplo, si en una Constitución se había establecido la pena de muerte, y posteriormente se deroga esta norma, y luego el Estado se convierte en Parte en la CADH que protege el derecho a la vida

---

<sup>31</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, ob. cit., p. 71.

<sup>32</sup> REQUEJO PAGÉS, JUAN LUIS, “Consideraciones en torno a la posición de las normas internacionales en el ordenamiento español”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 34, Año 12, enero-abril, Madrid, 1992, p. 49.

<sup>33</sup> Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, ob. cit., p. 411.

<sup>34</sup> Cfr. VANOSSI, JORGE REINALDO, *Supremacía y control de constitucionalidad. Teoría constituyente*, T. II, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1976, p. 99.

<sup>35</sup> Cfr. Díez-PICAZO, LUIS MARÍA, “Límites internacionales al poder constituyente”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 76, enero-abril, Madrid, 2000, p. 17.

<sup>36</sup> REQUEJO PAGÉS, JUAN LUIS, *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 61, 62, 110 y 111.

(artículo 4), en lo sucesivo queda limitado para reformar la Constitución para restablecer la pena de muerte que había abolido (numeral 3). En efecto, se trata del Estado constitucional convencionalmente limitado.

“El derecho internacional impone ciertos límites a la discrecionalidad de los Estados” [y en ciertas situaciones] “no solo concurren competencias de los Estados sino también las exigencias de la protección internacional de los derechos humanos”<sup>37</sup>.

Es el mismo poder constituyente el que decide soberanamente limitar su ejercicio hacia el futuro, que también se extiende a la soberanía, a la división de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial.

Explicaré la configuración de las cláusulas constitucionales enunciadas en el título con las siguientes características y alcances que señala la doctrina.

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN, expresa: “Así, adoptar las Constituciones modernas consistió en situar el derecho internacional de los derechos humanos en lugares privilegiados en la jerarquía de normas, pero también en organizar el hecho que dicho derecho pudiera primar sobre el derecho constitucional. Esa «especificidad» es el mayor rasgo característico del constitucionalismo latinoamericano”<sup>38</sup>.

En similar sentido HÉCTOR FIX ZAMUDIO, advierte que: “Como puede observar, en la mayoría de los ordenamientos constitucionales latinoamericanos, se advierte una tendencia cada más acentuada para otorgar a los tratados internacionales, en general, una jerarquía superior a las normas ordinarias, y específicamente a aquellos que consagran derechos humanos, ya que en cuanto a estos últimos existe la tendencia de otorgarles una categoría equivalente a las disposiciones constitucionales (ya sea de manera expresa o implícita)”<sup>39</sup>. Además, las

---

<sup>37</sup> Corte IDH, Caso Castillo Petruzzi contra Perú, Sentencia de mayo 30 de 1999, párr. 101.

<sup>38</sup> BURGORGUE-LARSEN, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Tribunal Constitucional”, en la obra colectiva *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, ob. cit., pp. 445 a 447.

<sup>39</sup> FIX-ZAMUDIO, “La creciente internacionalización de las Constituciones Iberoamericanas, especialmente en la regulación y protección de los derechos humanos”, en la obra colectiva *La justicia constitucional y su*

Constituciones iberoamericanas han reconocido la supremacía del derecho convencional respecto de los derechos humanos.

El constitucionalista alemán ARMIN VON BOGDANDY, al precisar la conformación del *ius constitutionale commune latinoamericanum*, señala que “estaría compuesto por normas internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, a la vez, por normas nacionales con la misma vocación, como son, por ejemplo, las cláusulas de apertura o las cláusulas interpretativas”<sup>40</sup>; o la llamada “estatalidad abierta” según denominación de MARIELA MORALES ANTONIAZZI<sup>41</sup>. “Hay una tendencia hacia la consolidación dinámica de un constitucionalismo regional destinado a salvaguardar los derechos humanos fundamentales en base, por una parte, a la Convención Americana y demás instrumentos del ordenamiento interamericano y, por otra parte, las propias Constituciones con su apertura estructural”<sup>42</sup>.

Refiriéndose a las cláusulas constitucionales de apertura, MANUEL EDUARDO GÓNGORA MERA reconoce que en “la mayoría de los países de la región se ha introducido en sus Constituciones diversas cláusulas en las que se les concede a los instrumentos de derechos humanos una jerarquía diferenciada”<sup>43</sup>.

Con fundamento en la mencionada tendencia, a continuación desarrollaré el tema anunciado de las nuevas cláusulas constitucionales.

---

internacionalización, ¿Hacia un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina? Ob. cit., pp. 584, 591, 592 y 598.

<sup>40</sup> VON BOGDANDY, ARMIN, “*Ius constitutionale commune latinoamericanum*. Una aclaración conceptual”, en la obra colectiva de ARMIN VON BOGDANDY y otros (Coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAN, MAX-PLANCK, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2014, p. 19.

<sup>41</sup> MORALES ANTONIAZZI, MARIELA, “La doble estatalidad abierta: interamericanización y mercosurización de las Constituciones suramericanas”, en *Estudios avanzados de Derechos humanos*, Elsevier, Sao Paulo, 2013, pp. 178-227.

<sup>42</sup> MORALES ANTONIAZZI, “El Estado abierto como objetivo del *Ius Constitutionale Commune*. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en ARMIN VON BOGDANDY y otros (Coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, ob. cit., pp. 277 y 278.

<sup>43</sup> GÓNGORA MERA, MANUEL EDUARDO, “La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *Ius constitutionale commune* latinoamericano”, en la obra colectiva *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, ob. cit., p. 303.

### 3.3. CLÁUSULA DE *JERARQUÍA* DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

En efecto, “la cuestión de la jerarquía de las normas (y de la determinación de cuál de ellas debe prevalecer) ha sido tradicionalmente reservada al Derecho constitucional”<sup>44</sup> ; “pero no siempre se ha podido garantizar de esta manera que la *primacía internacional* de los tratados encuentre en la *primacía interna* su correspondencia” (resaltado fuera del texto)<sup>45</sup>.

En el ámbito interamericano, las Constituciones de Argentina, Bolivia, Costa Rica, Ecuador, México, Venezuela, otorgan **rango** constitucional a los tratados de derechos humanos. “La *jerarquía de la Convención Americana se reconoce frecuentemente en las Constituciones latinoamericanas*”<sup>46</sup> (resaltado en cursiva fuera del texto).

La Constitución de República Dominicana (2010) expresamente reconoce la jerarquía de dichos tratados (art. 74, numeral 3) e implícitamente la Constitución de Bolivia reconoce dicha jerarquía<sup>47</sup> al mencionar la denominación bloque de constitucionalidad “integrado por los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos” (arts. 410 II); única Constitución en América Latina que utiliza esa denominación y con jerarquía de *supraconstitucionalidad*, según LAURENCE BURGORGUE-LARSEN<sup>48</sup>.

“El grado de apertura mayor se produce cuando la Constitución atribuye a los tratados sobre derechos el valor de norma constitucional”<sup>49</sup>. En efecto, “hay Constituciones que han preferido constitucionalizar [los tratados] con mención

---

<sup>44</sup> CANCADO TRINDADE, ANTONIO A., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*. Edit. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001, p. 285.

<sup>45</sup> REMIRO BROTONS, ANTONIO, *Derecho internacional público*, T. II. *Derecho de los tratados*, Editorial Tecnos, Madrid, 1987, p. 334.

<sup>46</sup> GARCÍA ROCA, JAVIER y CARMONA CUENCA ENCARNACIÓN (Editores), “¿Hacia una Globalización de los Derechos? *El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de derechos humanos*”, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2017, p. 58.

<sup>47</sup> LAURENCE BURGORGUE-LARSEN, con fundamento en el artículo 256 I considera que los tratados de derechos humanos tienen *jerarquía supraconstitucional*. Véase *La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Tribunal Constitucional*, ob. cit., p. 447.

<sup>48</sup> “Los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos (...) que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicaran de manera preferente *sobre ésta*” (cursivas fuera del texto).

<sup>49</sup> CANOSA USERA, *El control de convencionalidad*, ob. cit., p. 22.

expresa y determinada de cada uno”<sup>50</sup>, ejemplos, las Constituciones de Argentina (art. 75, num. 22) y de Nicaragua de 1987, reformada en 1995 (art. 46); en la primera el constituyente enumeró once instrumentos/tratados internacionales asignándoles expresamente jerarquía constitucional, y en la segunda enumeró cinco sin definir su posición jerárquica, lo cual no obsta para considerar que dichos instrumentos implícitamente están abrigados por la supremacía y jerarquía constitucionales. Porque dichas normas derivan de la voluntad del poder constituyente que quiso nominar uno a uno los instrumentos de derechos humanos [que] se incorporan al derecho nacional con el valor de norma constitucional”<sup>51</sup>; “precisamente por eso, la afirmación implícita en la propia Constitución de que ella es la norma superior jerárquica. Esa es la idea que justamente expresa la supremacía jurídica de la Constitución, la de que todas las normas de los ordenamientos jurídicos se hallan sometidas jerárquicamente a la Constitución”<sup>52</sup>, con los efectos de fuerza normativa que ello implica.

¿Ingresarían en la Constitución los tratados internacionales? No. Son “(...) los contenidos materiales de los derechos humanos allí reconocidos, [los] que se vierten en el contenido constitucional de los respectivos derechos constitucionales”<sup>53</sup>, gozando de supremacía material.

Como se infiere de la realidad constitucional la jerarquía surge como pieza que se encuentra en la construcción formal de Constituciones de América Latina caracterizadas por su supremacía. “Sin el principio de jerarquía normativa no es posible organizar ningún ordenamiento o sistema jurídico moderno”<sup>54</sup>, y así están configurados los ordenamientos jurídicos internos en los Estados cuyas Constituciones seleccioné.

---

<sup>50</sup> BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1995, p. 458.

<sup>51</sup> CANOSA USERA, *ibídem*, ob. cit., p. 22.

<sup>52</sup> REQUENA LÓPEZ, TOMÁS, *El principio de jerarquía normativa*, Editorial Thomson Civitas, Navarra (España), 2011, p. 307.

<sup>53</sup> ARZOZ SANTISTEBAN, XABIER, *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, ob. cit., p. 234.

<sup>54</sup> REQUENA LÓPEZ aclara que en la actualidad el principio de jerarquía se aplica más como criterio de solución de conflictos entre normas internas de distinto nivel, que necesita de la implantación de un sistema de justicia constitucional que define la validez o invalidez de las normas. Ob. cit., pp. 43, 49 a 57 y 101.

Según CRISTINA BINDER “el alto rango en la jerarquía normativa interna que le es acordado a la CADH en las Constituciones de la mayoría de los Estados latinoamericano, [es lo que] facilita considerablemente la recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana”<sup>55</sup>, concretamente el *acervo convencional*, evidenciando una realidad constitucional latinoamericana.

También existen Constituciones que expresamente no consagran dicha jerarquía; ha sido la jurisprudencia constitucional la que ha definido dicha jerarquía constitucional, según algún sector de la doctrina<sup>56</sup>.

Entre esas Constituciones merece especial atención la Constitución de Colombia de 1991 que, aunque no lo dice expresamente, ha sido la jurisprudencia de la Corte Constitucional la que le ha asignado jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos<sup>57</sup>. También ha considerado el Tribunal que “las disposiciones del *ius cogens* en tanto normas imperativas del derecho internacional tienen una jerarquía especial y, en esa medida, la Constitución se encuentra a ellas sometida”<sup>58</sup>, “la Corte ha admitido que se incorporen al bloque los tratados de derechos humanos y las normas convencionales que conforman el Derecho Internacional Humanitario, así como las normas del *ius cogens* que se constituyen igualmente en parámetro de constitucionalidad para ejercer el control de constitucionalidad”<sup>59</sup>, “son normas situadas en el mismo nivel constitucional, como sucede con los convenios de Derecho Internacional Humanitario”<sup>60</sup>. Con estatus de *ius cogens* se caracterizan las normas que tipifican los crímenes internacionales en el Estatuto de Roma, como se explicó y se argumentará adelante.

---

<sup>55</sup> BINDER CHRISTINA, “¿Hacia una Corte Constitucional en América Latina?, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con un enfoque especial sobre las amnistías”, en la obra colectiva *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un *ius constitutionale commune* en América Latina?* (ARMÍN VON BOGDANDY, EDUARDO FERRER MAC-GREGOR y MARIELA MORALES ANTONIAZZI, Coordinadores), Universidad Nacional Autónoma de México, Max-Planck-Institut, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2010, pp. 159-188.

<sup>56</sup> MANILI, PABLO LUIS, *El Bloque de Constitucionalidad. La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional argentino*, Edit. La Ley, Buenos Aires, 2003, pp. 256 y 257. GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *El valor de la jurisprudencia internacional. A propósito del Caso “Bayarri” en un dictamen de la Procuración General de la Nación*, Edit. La Ley, Buenos Aires 2010 C, p. 1195, y GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, *La Corte Suprema de Justicia reafirma el Control de Constitucionalidad y el Control de Convencionalidad de oficio*, Edit. La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 197, entre otros autores.

<sup>57</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-067 de 2003.

<sup>58</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-269 de 2014.

<sup>59</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-664 de 2013.

<sup>60</sup> Corte Constitucional, Sentencias C-538 de 1997 y C-225 de 1995.

Finalmente, preciso que el *principio de jerarquía* normativo se utiliza como un criterio de resolución de conflictos normativos entre normas válidas (de distinto nivel de graduación) que pertenecen a un mismo ordenamiento jurídico, “según el cual la norma de rango superior prevalece, en caso de conflicto, sobre la de rango inferior”<sup>61</sup>; cláusula con base en la cual los Tribunales Constitucionales resuelven dichos conflictos por vía del control abstracto de constitucionalidad de las leyes, o el juez ordinario soluciona dicho conflicto normativo inaplicando la ley y aplicando la Constitución resuelve el caso concreto, por vía de excepción.

Para iniciar el siguiente aparte terminemos diciendo que “(...) la Constitución no es la única norma suprema, sino que comparte espacio, en la cúspide de la pirámide normativa, con otras disposiciones”<sup>62</sup>, por ejemplo, la CADH, aclarando que son ordenamientos jurídicos con distintas caracterizaciones: el interno con la supremacía de la Constitución y el internacional con la primacía.

### **3.4. CLÁUSULA DE INTERPRETACIÓN CONFORME AL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS**

“Se trata de un modelo en el que es la propia Constitución la que prevé y obliga a los tribunales nacionales a realizar una apertura interpretativa de sus derechos fundamentales a los tratados internacionales en la materia. Con él se introduce una cláusula de apertura de los derechos fundamentales hacia los derechos humanos reconocidos internacionalmente”<sup>63</sup>.

“Diversas Constituciones de Iberoamérica siguen los pasos del artículo 10.2 C.E. y albergan *cláusulas constitucionales de apertura* que facilitan la recepción del

---

<sup>61</sup> RUIZ SANZ, MARIO, “Sistemas jurídicos y conflictos normativos”, en *Cuadernos Bartolomé de Las Casas* 23, Dykinson, Madrid, 2002, p. 73.

<sup>62</sup> MORALES ANTONIAZZI, “El Estado abierto como objetivo del *Ius Constitutionale Commune*. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en ARMAN VON BOGANDO y otros (Coords.), ob. cit., p. 275.

<sup>63</sup> SANTOLAYA PABLO, “La apertura de las Constituciones a su interpretación conforme a los tratados internacionales”, en la obra colectiva *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales constitucionales y Cortes Internacionales* (EDUARDO FERRER MAC-GREGOR y ALFONSO HERRERA GARCÍA, Coordinadores), Editorial Tirant lo Blanch, México, 2013, pp. 448 y 449.

acervo convencional<sup>64</sup>”, en mi concepto, en el bloque de constitucionalidad para realizar la interpretación *secundum conventionem* que luego trataré.

Contienen expresamente esta cláusula de apertura las Constituciones de Haití (1987), artículo 19<sup>65</sup>, la de Perú (1992), artículo transitorio 4<sup>66</sup>, Colombia (art. 93, inciso 2<sup>67</sup>), Bolivia (art. 13 IV<sup>68</sup>) y México (artículo 1<sup>69</sup>).

En la Constitución de Colombia de 1991 se presenta una novedosa tendencia a la primacía con cláusulas constitucionales de apertura al DIH<sup>70</sup> y al DPI<sup>71</sup>. Con motivo de la implementación del Acuerdo Final se aprobaron dos reformas constitucionales transitorias por la paz (Actos Legislativos 01 de 2017 y 02 de 2017). La segunda reforma en un solo artículo<sup>72</sup> configura un parámetro de interpretación y referente de desarrollo y validez de las normas de implementación y desarrollo del AFP, teniendo como referencia el DIH; reforma que no explicaré porque rebasa la extensión del presente trabajo.

En cuanto al DPI se refiere la Corte ha considerado disposiciones del ER como parámetro de constitucionalidad: artículos 6 (crimen de genocidio<sup>73</sup>) 7 (crímenes

---

<sup>64</sup> GARCÍA ROCA y NOGUEIRA ALCALÁ, “El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor de precedente e interpretación vinculante,” ob. cit., p. 72.

<sup>65</sup> Constitución de Haití, artículo 19: “El Estado tiene la imperiosa obligación de garantizar el derecho a la vida, a la salud, al respeto de la persona humana, a todos los ciudadanos sin distinción, conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos”.

<sup>66</sup> Constitución de Perú, artículo transitorio 4: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad a la Declaración Universal de los Derechos Humanos”.

<sup>67</sup> Constitución de Colombia, artículo 93: “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

<sup>68</sup> Constitución de Bolivia, artículo 13 IV: “Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”.

<sup>69</sup> Constitución de México, artículo 1: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea Parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”.

<sup>70</sup> El artículo 214, núm. 2, establece que: “(...) en todo caso se respetarán las reglas del Derecho Internacional Humanitario”.

<sup>71</sup> A.L.01 de 2001 que adiciona el artículo 93 con el ER.

<sup>72</sup> Artículo 1. La Constitución Política tendrá un nuevo artículo transitorio así: “En desarrollo del derecho a la paz, los contenidos del Acuerdo Final (...), que correspondan a normas de *derecho internacional humanitario* o derechos fundamentales definidos en la Constitución y aquellos conexos con los anteriores, serán obligatoriamente **parámetros de interpretación** y referente de desarrollo **y validez** de las normas y las leyes de implementación y desarrollo del Acuerdo Final con sujeción a las disposiciones constitucionales” (negrillas y subrayado fuera del texto).

<sup>73</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-488 de 2009.



de lesa humanidad<sup>74</sup>) y 8 (de los crímenes de guerra<sup>75</sup>). Se trata de los crímenes internacionales con estatus de *ius cogens*.

### 3.5. CLÁUSULA DE PREVALENCIA<sup>76</sup>

La cláusula de prevalencia se utiliza como un criterio de resolución de conflictos normativos entre una norma interna y una norma de un tratado internacional de derechos humanos, aplicables para decidir un caso concreto, el cual se resuelve aplicando esta e inaplicando aquella, por cuanto prevalece la norma internacional *en el* ordenamiento jurídico interno, o *sobre* la Constitución.

MANUEL EDUARDO GÓNGORA MERA la denomina cláusula de primacía (*primacy clause*), según la cual “en caso de conflicto entre el derecho nacional y los tratados internacionales, priman éstos últimos”<sup>77</sup>.

Esta cláusula de prevalencia mira sólo a resolver un problema de *aplicación del Derecho*, no de *control de normas*. ¿Qué derecho se aplica para resolver el caso? “La prevalencia equivale a decir aplicación de una norma en detrimento de otra, o sea, inaplicación”<sup>78</sup>.

Como se explicó, para resolver conflictos normativos entre normas de un mismo ordenamiento jurídico (ejemplo, ley violatoria de la Constitución) se aplica el principio de jerarquía, o conflictos entre una norma interna y una norma internacional (ejemplo, Constitución, ley, decreto, acto administrativo incompatible con un tratado de derechos humanos) se aplica la cláusula de

---

<sup>74</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1076 de 2002.

<sup>75</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-291 de 2007, C-172 de 2004 y C-240 de 2009.

<sup>76</sup> La denominación de cláusula de prevalencia la adoptamos del derecho constitucional español, siendo su origen alemán. Su uso está limitado al proceso de aplicación del Derecho (...) solo determina de manera definitiva la norma aplicable y puede servir como criterio de decisión de fondo del conflicto”, BALAGUER CALLEJON, FRANCISCO y otros, *Manual de derecho constitucional*, Vol. I, 5ª ed., Madrid, 2010, p. 471. Mediante la cláusula de prevalencia se *aplica* una norma y se *inaplica* otra y se resuelve un caso concreto sin juzgar la validez de esta; se trata de incompatibilidad entre dos normas aplicables a un mismo caso. En otras palabras, mediante la cláusula de prevalencia no se enjuicia la validez de la norma inaplicable, lo que sería objeto del control de constitucionalidad si se trata de una ley violatoria de la Constitución, que si se declara inconstitucional sería inválida y se retira del ordenamiento jurídico, mediante una sentencia de inconstitucionalidad.

<sup>77</sup> GÓNGORA MERA, MANUEL EDUARDO, “Inter-American Judicial Constitutionalism. On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties” in *Latin American through National and Inter-American Adjudication*, IIDH, San José de Costa Rica, 2011, p. 91.

<sup>78</sup> REQUENA LÓPEZ, ob. cit., pp. 241 y 309.

prevalencia. En la primera forma de conflicto (de inconstitucionalidad) se podría resolver el conflicto normativo activando el control de constitucionalidad de la ley, y en la segunda (de inconvencionalidad) el control de convencionalidad de la norma interna. “De modo que las normas de [fuente internacional] tendrían primacía en todo caso sobre las normas contradictorias de [fuente interna], incluso, como se ha indicado, sobre disposiciones constitucionales”<sup>79</sup>.

Es de aclarar que los conflictos normativos se presentan entre normas concretas y aplicables para resolver un caso, y no entre ordenamientos jurídicos *in abstracto*.

Contienen cláusulas de prevalencia las Constituciones de Colombia<sup>80</sup> (art. 93, inciso 1), Costa Rica (art. 7), El Salvador (art. 144), Honduras (art. 18), Venezuela (art. 23), Bolivia<sup>81</sup> (art. 13) y Ecuador<sup>82</sup> (art. 163), según GÓNGORA MERA<sup>83</sup>. La Constitución de Guatemala (art. 46), según MÓNICA PINTO<sup>84</sup>, contiene la cláusula de prevalencia, o principio de *prevalencia* de los derechos humanos en la Constitución de Brasil (art. 4 II)<sup>85</sup>.

En mi concepto, las constituciones de Colombia, Ecuador y Bolivia me permiten una vez más afirmar que si la CADH *prevalece* en el orden interno, la jurisprudencia de la Corte IDH, como integrante del acervo convencional, también.

---

<sup>79</sup> MARIÑO MENÉNDEZ, ob. cit., p. 593.

<sup>80</sup> Constitución de Colombia, artículo 93: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, **prevalecen** en el orden interno” (negritas fuera del texto).

<sup>81</sup> Constitución de Bolivia, artículo 256 I: “Los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos (...) que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicaran de manera **preferente** sobre ésta” (negritas fuera del texto).

<sup>82</sup> Constitución de Ecuador, artículo 424, inciso 2: “Los tratados de derechos humanos que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, **prevalecerán** sobre cualquier otra norma jurídica” (negritas fuera del texto).

<sup>83</sup> GÓNGORA MERA, MANUEL, “La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *ius constitutionale commune* latinoamericano”, ob. cit., p. 304.

<sup>84</sup> PINTO, MÓNICA, *Temas de derechos humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 68.

<sup>85</sup> ARLINDO CARLESSO, LUCIANO, La interpretación de los derechos fundamentales conforme a los tratados de derechos humanos en perspectiva comparada (El principio de prevalencia de los derechos humanos), tesis doctoral, Sevilla, 2014, p. 171.

Destaco la Constitución de la República Dominicana debido a que tiene unas cláusulas específicas: los tratados de derechos humanos se configuran como normas *de aplicación directa e inmediata* en el artículo 74, numeral 3<sup>86</sup>; se consagra el principio *pro personae* en el artículo 74, numeral 4<sup>87</sup>; además en los artículos 8, 38, 68 y 184 algunos derechos fundamentales se formulan con la técnica de los derechos subjetivos. El artículo 6 se titula *Supremacía de la Constitución*, correspondiéndole al Tribunal Constitucional garantizar dicha supremacía y la protección de los derechos fundamentales (arts.184 y 68). La Constitución (art. 5) y el Estado (art. 38) se fundamentan en el respeto al principio de la dignidad humana, el cual viene enunciado como un principio fundamental en el Preámbulo de la Constitución, y como un valor supremo la *fraternidad*.

“El constituyente dominicano se ha adherido a los principios del *monismo* que establece la primacía del Derecho Internacional sobre el derecho interno”<sup>88</sup>. No obstante, el gobierno dominicano ha incumplido la orden de la Corte IDH reformar la Constitución y la legislación en el caso de *Personas dominicanas y haitianas expulsadas contra República Dominicana*<sup>89</sup> que adelante analizaré.

Asimismo, la Constitución de Bolivia en el artículo 256 consagra el principio *pro personae*. Por otra parte, la Constitución del Ecuador en los artículos 11, 417 y 426 contiene normas *de aplicación directa e inmediata*, y consagra el principio *pro personae*; en el artículo 428 se establece el control de convencionalidad de las normas internas según PABLO MANILI<sup>90</sup>.

De esta forma he explicado el alcance de las tres cláusulas constitucionales, y concluyo afirmando que “las Constituciones, en una palabra, ya no son lo que eran”<sup>91</sup>, y los tratados regionales de derechos humanos judicializados “tienen

---

<sup>86</sup> Constitución de República Dominicana, artículo 73, núm. 3: “(...) los tratados relativos a derechos humanos (...) son de aplicación directa e inmediata por los tribunales”.

<sup>87</sup> Constitución de República Dominicana, artículo 73, núm. 4, los derechos se interpretarán: “(...) en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos”.

<sup>88</sup> PRATS, JORGE EDUARDO, *Derecho Constitucional*, T. I, *Ius Novum*, Santo Domingo (República Dominicana), 2010, p. 240.

<sup>89</sup> Corte IDH, Sentencia de agosto 28 de 2013.

<sup>90</sup> MANILI, PABLO LUIS, *Manual Interamericano de los Derechos Humanos*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2012, p. 185.

<sup>91</sup> CRUZ VILLALÓN, PEDRO, *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Editorial Trotta, Madrid, 2004, pp. 27 y 28.

*cuerpo de tratado y alma de Constitución*<sup>92</sup>, como por ejemplo la CADH, que en cuerpo y alma tienen que ser aplicados a imagen y semejanza, como fueron diseñados en la nueva arquitectura constitucional latinoamericana para proteger a los seres humanos.

### 3.6. LA NUEVA ARQUITECTURA CONSTITUCIONAL Y SUS APORTES

Esta obra arquitectónica configurada “por la intersección de una pluralidad de estructuras normativas”<sup>93</sup> (normas constitucionales + normas internacionales) cierra con un nuevo techo constitucional/convencional articulando los ordenamientos jurídicos de las Constituciones de algunos Estados latinoamericanos con el DIDH, adoptando de esta manera “fórmulas tales, como «apertura» del Estado constitucional que «se» encuentra en forma de «cláusulas de apertura»”<sup>94</sup> hacia el DIDH.

Se trata de una novedosa arquitectura constitucional diseñada con definidos perfiles que rediseñan la *supremacía* y la *jerarquía* constitucionales para “abrir” las puertas “[para la introducción] de la doctrina del bloque de constitucionalidad por vía de la interpretación de cláusulas de *apertura* constitucional”<sup>95</sup> para una protección reforzada de los derechos humanos/fundamentales, “pues, en esencia, la clave es resguardar a la persona humana en su convivencia política”<sup>96</sup>. Dichas cláusulas son medios para resolver, en algunos casos, antinomias entre una norma interna constitucional o infraconstitucional, y dichos tratados (ejemplo, la CADH), acudiendo a la cláusula de *prevalencia* del derecho aplicable para resolver el caso. “Esta solución es frecuente en Iberoamérica, donde se llega a admitir expresamente la **primacía** de la CADH que le permite desplazar normas internas”<sup>97</sup> (negritas fuera del texto)

---

<sup>92</sup> GARCÍA ROCA y NOGUEIRA ALCALÁ, “El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor de precedente e interpretación vinculante”, ob. cit., p. 54.

<sup>93</sup> PÉREZ LUÑO, “Nuevo Derecho, nuevos derechos”, en *Anuario Filosofía del Derecho*, Dialnet, Sevilla, 2016, p. 36.

<sup>94</sup> CRUZ VILLALÓN, ob. cit., p. 28.

<sup>95</sup> GÓNGORA MERA, ob. cit., p. 303.

<sup>96</sup> CAMPOS BIDART, GERMÁN, *Teoría de los derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1991, p. 353.

<sup>97</sup> GARCÍA ROCA y NOGUEIRA ALCALÁ, *El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor de precedente e interpretación vinculante*, ob. cit., p. 49.

Como se observa, se trata de las interacciones entre el ordenamiento jurídico interno y el ordenamiento jurídico internacional. Al respecto, LUIS IGNACIO GORDILLO PÉREZ expresa:

“La existencia de interacciones entre ordenamientos jurídicos distintos, pero superpuestos, ha suscitado históricamente doctrinas en torno al problema de las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno [entre otras] el «internacionalismo» (reconocimiento de la *primacía* del Derecho internacional), al que respondería la concepción monista”<sup>98</sup>.

Al respecto, coinciden en afirmar la *primacía* del Derecho internacional sobre el ordenamiento jurídico interno un considerable número de autores<sup>99</sup>.

### **3.7. LA TENDENCIA A LA PRIMACÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS**

Verificada la citada tendencia internacionalista puedo inferir también que de las precitadas Constituciones emerge una tendencia a la primacía del DIDH sobre el ordenamiento jurídico interno incluida la Constitución, derivada del principio de la *primacía* del Derecho internacional<sup>100</sup>, que implica el sometimiento del ordenamiento jurídico interno al derecho internacional en el entramado de la nueva tipología de interconexiones normativas constitucionales.

Esta dinámica se enriquece con la producción de una nueva jurisprudencia constitucional fruto del diálogo jurisdiccional entre los tribunales constitucionales, jueces constitucionales y ordinarios con la Corte IDH, bajo la luz radiante del *principio de la primacía* de la CADH. En efecto, “(...) la primacía de la CADH viene dada por el control de convencionalidad, el rango constitucional que

---

<sup>98</sup> GORDILLO PÉREZ, LUIS IGNACIO, *Constitución y ordenamientos supranacionales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, p. 19.

<sup>99</sup> REMIRO BROTONS, MARIÑO, ORENCH y DEL MORAL, CANCADO TRINDADE, ESCOBAR HERNÁNDEZ y OJINAGA RUIZ, MANGAS MARTIN y LIÑAN NOGUERAS (internacionalistas), QUERALT JIMÉNEZ, GORDILLO, Díez-PICAZO, REQUEJO PAGÉS, BIDART CAMPOS, VANOSSI, SAGÜÉS, FERRER MAC-GREGOR, GARCÍA ROCA, NOGUEIRA ALCALÁ y RAMELLI ARTEAGA (constitucionalistas), y MARTÍN-RETORTILO BAQUER (administrativista), entre otros autores citados hasta el momento.

<sup>100</sup> Cfr., “La primacía de los tratados internacionales ha sido siempre la posición defendida por la más alta jurisdicción internacional”. MANGAS MARTIN, y LIÑAN NOGUERAS, ob. cit., p. 387.

algunas Constituciones reconocen a la Convención”<sup>101</sup>. Dicha primacía convencional se inserta en el bloque de constitucionalidad, gozando de la misma jerarquía y supremacía constitucionales de los derechos fundamentales, formando un *corpus constitucional* definido “como el conjunto limitado de materias que forman una Constitución: el texto constitucional, y por otros materiales normativos no formalmente incorporados al concreto documento”<sup>102</sup>.

El *acervo convencional* ingresa el bloque de constitucionalidad articulado con esa estructura novedosa del ordenamiento jurídico interno de los Estados que hemos bosquejado; aquél de origen convencional y este de origen constitucional.

Es de aclarar que el citado novedoso diseño normativo con las nuevas cláusulas constitucionales facilitó a algunos Tribunales Constitucionales de América Latina construir jurisprudencialmente su propia doctrina del bloque de la constitucionalidad, con el liderazgo de la Corte Constitucional colombiana, cuya naturaleza jurídica deberá analizarse en el marco de la *Teoría general del derecho*, como diría JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS<sup>103</sup>. Según explicaciones de ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO<sup>104</sup> se debe a la metamorfosis sufrida por los ordenamientos jurídicos contemporáneos europeos con repercusiones en América Latina. “Una de las consecuencias indirectas más relevantes de la constitucionalización formal es la casi inevitable transformación del principio jurisprudencial de primacía en cláusula constitucional de primacía”<sup>105</sup>.

La citada doctrina española y latinoamericana me permite afirmar que los derechos humanos de fuente internacional, en mi concepto, forman parte del *contenido material* de la Constitución de forma expresa<sup>106</sup> o de manera

---

<sup>101</sup> GARCÍA ROCA, y NOGUEIRA ALCALÁ, “El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor de precedente e interpretación vinculante”, ob. cit., p. 87.

<sup>102</sup> Cfr., GÓMEZ CANOTILHO, J.J., *Direito constitucional e Teoría da Constitucao*, 6ª ed. Coimbra, 2000, p. 1059.

<sup>103</sup> REQUEJO PAGÉS, ob. cit., p. 116.

<sup>104</sup> PÉREZ LUÑO, *Nuevo Derecho, nuevos derechos*, ob. cit., p. 36.

<sup>105</sup> CRUZ VILLALÓN, ob. cit., p. 78.

<sup>106</sup> Por ejemplo, el Código Procesal Constitucional de Bolivia, en el artículo 2.I.2, preceptúa lo siguiente: “En caso de que esos tratados declaren derechos no contemplados en la Constitución Política del Estado se considerarán como parte del ordenamiento constitucional”.

implícita<sup>107</sup> con jerarquía, validez, eficacia y fuerza normativa constitucionales<sup>108</sup>, compartiendo dichos tratados la supremacía con la Constitución en la que se alojan los derechos humanos que estos instrumentos internacionales reconocen. “De esta forma las normas convencionales adquieren carácter constitucional”<sup>109</sup>. “La misma tesis de la aplicación directa de la Constitución ha de ser entonces la tesis de la aplicación directa de la CADH”<sup>110</sup>; así como la Constitución tiene fuerza normativa el *acervo convencional* también la tiene, y con esta fuerza ingresa al bloque de constitucionalidad con aplicación directa e inmediata.

El nuevo diseño normativo de las Constituciones, clasificadas en la forma propuesta, me permite concluir que existe una tendencia en América Latina a establecer Sistemas constitucionales abiertos al Sistema Interamericano de Derechos Humanos. “La Constitución es, entre otras cosas, un sistema abierto de reglas y principios que permanece abierto al mundo”<sup>111</sup>.

#### **4. LA APLICABILIDAD DIRECTA E INMEDIATA DEL ACERVO CONVENCIONAL**

¿Cómo se hace operativa la primacía del acervo convencional? Mediante la activación del control de convencionalidad se hace operativo el acervo convencional resolviendo caso (hechos) a caso (hechos). Es por ello que “el control de convencionalidad se asienta asimismo en el correcto engranaje de las normas nacionales e internacionales”<sup>112</sup>.

En otras palabras, el contenido *material* “también reside o se aloja en el *acervo convencional*”<sup>113</sup> por cuanto “la tendencia es considerar dentro del mismo (el

---

<sup>107</sup> Con las cláusulas de apertura de las Constituciones latinoamericanas, dominicana y haitiana que seleccioné.

<sup>108</sup> Cfr. REY CANTOR, *Celebración y jerarquía de los tratados de derechos humanos*. Ob. cit., pp. 168 y 175.

<sup>109</sup> FERRER-MAC-GREGOR, EDUARDO, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, FUNDAP, Querétaro (México), 2012, p. 142.

<sup>110</sup> Cfr. GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, Parte General. 4ª ed. Talleres Gráficos, Buenos Aires, 1997, pp. VI-31.

<sup>111</sup> BUSTOS GISBERT, RAFAEL, *La Constitución Red: Un estudio sobre la supraestatalidad y Constitución*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, Oñati, 2005, p. 61.

<sup>112</sup> JIMENA QUESADA, LUIS, *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo global y de la tutela multinivel de derechos*, Edit. Aranzadi, Navarra, 2013, p. 24.

<sup>113</sup> Cfr. REY CANTOR, ERNESTO y REY ANAYA, GIOVANNA ALEJANDRA, *Derecho procesal constitucional. Un nuevo concepto*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2016, pp. 135 y 136.

bloque) no sólo a los derechos humanos previstos en los pactos internacionales, sino también a la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana<sup>114</sup>, con la proyección de *primacía del acervo convencional*.

Con las cláusulas constitucionales de apertura al DIDH, entre otras, la Constitución de Colombia<sup>115</sup>, la Constitución de Ecuador<sup>116</sup>, la Constitución de la República Dominicana<sup>117</sup> y la jurisprudencia de la Corte IDH, se “da testimonio de la presencia del proceso de aperturismo”<sup>118</sup>.

Las bases convencionales y constitucionales de mi propuesta del concepto de bloque de constitucionalidad me permitirán demostrar (ii) que el contenido *sustancial* de los derechos humanos forma parte del contenido *material* que consagran los derechos constitucionales fundamentales (i), y que “las *disposiciones normativas* de la CADH tienen pues *efecto directo o aplicación inmediata*”<sup>119</sup>, así como también la jurisprudencia interamericana (iii).

Es un asunto de técnica jurídica (la estructura y la formulación normativa como derechos subjetivos) que se relaciona con la eficacia de los tratados internacionales y su aplicabilidad (ejecutabilidad por sí misma) para proteger a la persona humana. “Los derechos convencionales son verdaderos derechos subjetivos de naturaleza convencional”<sup>120</sup> y rango fundamental. En similar forma, las normas constitucionales que consagran los derechos fundamentales, por lo general, estructuran su formulación con la técnica de los derechos subjetivos.

---

<sup>114</sup> FERRER-MAC-GREGOR, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”. Ob. cit., 2012, p. 142.

<sup>115</sup> Constitución de Colombia, artículo 85: “Son de aplicación inmediata los derechos consagrados en los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 28, 30, 31, 37 y 40”.

<sup>116</sup> Constitución de Ecuador, artículo 426, inciso 2: “(...) los derechos consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación”.

<sup>117</sup> Constitución de República Dominicana, artículo 73, núm. 3: “(...) los tratados relativos a derechos humanos (...) son de aplicación directa e inmediata por los tribunales”.

<sup>118</sup> BURGORGUE-LARSEN, LAURENCE, “El aperturismo. La técnica de interpretación «reina» de los tratados regionales de protección de los derechos humanos”, en *RVAP*, N° 03, septiembre-diciembre, 2015, pp. 97-130.

<sup>119</sup> GARCÍA ROCA y NOGUEIRA ALCALÁ, *El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor del precedente e interpretación vinculante*, ob. cit., p. 50.

<sup>120</sup> GARCÍA ROCA y NOGUEIRA ALCALÁ, *El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor del precedente e interpretación vinculante*, ob. cit., p. 87.



Concluyo que la primacía del acervo convencional se subsume en el bloque de constitucionalidad para su aplicación directa e inmediata.

Con estas bases convencionales/constitucionales a continuación presentaré un concepto del bloque de constitucionalidad con tendencia aperturista.

## **5. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD**

¿Cuál es el origen y antecedente de la institución?

Según la doctrina el origen del bloque de constitucionalidad proviene del derecho constitucional francés y español.

### **5.1. ORIGEN FRANCÉS**

La cuna de nacimiento del bloque de constitucionalidad es el Consejo Constitucional francés, que el 17 de julio de 1971 profirió una resolución por la cual reconoció “plena fuerza jurídica al Preámbulo de la Constitución de 1958 [con lo cual] confirió jerarquía y valor constitucional a la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789, a todos los derechos sociales reconocidos en el preámbulo de la Constitución de 1946, y a todos los principios fundamentales que hubieran sido establecidos en las leyes anteriores a la expedición del texto de 1946”<sup>121</sup>.

Obsérvese que, aunque se refiere a derechos, el reenvío no se hizo a los tratados internacionales de derechos humanos. Además, “la categoría «bloque de constitucionalidad» fue acuñada por la doctrina, pues el propio Consejo Constitucional no la menciona en sus decisiones”<sup>122</sup>.

---

<sup>121</sup> UPRIMNY YEPES, RODRIGO, “El Bloque de Constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal”, en la obra colectiva *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, T. I, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2002, p. 131. Cfr. CRUZ, LUIS M., “El alcance del consejo constitucional francés en la protección de los derechos y libertades fundamentales”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 8, N° 15, ene-junio, Granada, 2011, pp. 499-502.

<sup>122</sup> FAVOREU, LOUIS, “El bloque de constitucionalidad”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 5, Madrid, 1990, pp. 46 y 47, citado por UPRIMNY, ob. cit., p. 109.

El mecanismo del bloque de constitucionalidad francés una década después fue retomado en España con otro alcance jurídico.

## 5.2. ANTECEDENTE ESPAÑOL

El Tribunal Constitucional de España, en Sentencia TC 10/82<sup>123</sup>, definió el bloque como: *“un conjunto de normas que ni están incluidas en la Constitución ni delimitan competencia, pero cuya infracción determina la inconstitucionalidad de la ley sometida a examen”*. Con posterioridad, el término se emplea para describir el criterio de constitucionalidad para la delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas<sup>124</sup>.

Examinemos dos conceptos de bloque de constitucionalidad según la doctrina. Según ARGELIA QUERALT JIMÉNEZ: “(...) ha llegado el momento de reconocer que el CEDH y la jurisprudencia del TEDH forman parte de una suerte de bloque de constitucionalidad en materia de derechos fundamentales formado, principalmente, por la Constitución, por la jurisprudencia del TC y por el *acquis conventionnel*”<sup>125</sup>.

BIDART CAMPOS, expresa:

“Por bloque de constitucionalidad puede entenderse, según cada sistema de cada Estado, un conjunto normativo que parte de la Constitución, y que añade y contiene disposiciones, principios y valores que son materialmente constitucionales fuera del texto constitucional escrita<sup>126</sup> [son ] *normas (internacionales)* que se hallan *fuera de la Constitución*, han recibido de ella su *misma jerarquía*, de modo de ubicarse *a su lado* en la mencionada *cúspide*, como

---

<sup>123</sup> FAVOREU, LOUIS & RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, *El bloque de la constitucionalidad* (simposium franco-español de derecho constitucional), pról. de Javier Pérez Royo, Universidad de Sevilla, Civitas, Madrid, 1991, pp. 19-20. RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, “El bloque de constitucionalidad” en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 100 y ss.

<sup>124</sup> Cfr., RUBIO LLORENTE, “El bloque de constitucionalidad” en *La forma del poder*, ob. cit., p. 101.

<sup>125</sup> Cfr. QUERALT JIMÉNEZ. Ob. cit., p. 418

<sup>126</sup> BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, T. IA, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 295.

provenientes de una *fuerza externa*, colateral heterónoma, que es el *derecho internacional de los derechos humanos*<sup>127</sup>.

“Suele situarse en ese bloque a los tratados internacionales, al derecho consuetudinario, a la **jurisprudencia**, etcétera”<sup>128</sup> (negritas fuera del texto).

Al respecto, ¿qué dice la jurisprudencia constitucional?

### 5.3. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Es la jurisprudencia constitucional colombiana la que ha definido y fijado los alcances de un novedoso concepto del *bloque de constitucionalidad* en la siguiente forma:

“El *Bloque de Constitucionalidad* está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son, pues, verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas a nivel constitucional. (...)”<sup>129</sup>.

Los efectos expansivos de la precitada jurisprudencia colombiana se proyectan a los Tribunales constitucionales de Perú<sup>130</sup>, Bolivia<sup>131</sup>, Argentina<sup>132</sup> y México en el que se utiliza la denominación de parámetro de control de regularidad constitucional, y se asigna jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos<sup>133</sup>.

---

<sup>127</sup> BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, ob. cit., p. 412.

<sup>128</sup> BIDART CAMPOS, ob. cit., p. 295.

<sup>129</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-225 de 1995.

<sup>130</sup> Tribunal Constitucional de Perú, Expediente N° 0004-1996-I/TC, 03.01, 1977.

<sup>131</sup> Tribunal Constitucional de Bolivia, SC 0051/05, agosto 18 de 2005.

<sup>132</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, caso Verbitsky Horacio/habeas corpus, 03.05.05, fallos: 328:1146.

<sup>133</sup> Suprema Corte de Justicia de México, contradicción de tesis 293/11, pp. 31-33, engrose.

Veamos en el derecho constitucional comparado latinoamericano un ejemplo para tratar de demostrar una tendencia hacia la **primacía** convencional con el bloque de constitucionalidad.

La Constitución de Bolivia en el artículo 410.II<sup>134</sup> hace alusión expresa al bloque de constitucionalidad, integrado por tratados internacionales en materia de derechos humanos y las normas de derecho comunitario. Con fundamento en el artículo 256. I<sup>135</sup> y el artículo 410.II, y en la sentencia de noviembre 20 de 2017 del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia puedo predicar también la *primacía del acervo convencional* en el derecho constitucional boliviano, con tendencia expansiva en el derecho constitucional comparado latinoamericano.

#### 5.4. NUESTRO CONCEPTO

Con fundamento en los aportes doctrinales de QUERALT JIMÉNEZ, BIDART CAMPOS y la jurisprudencia constitucional colombiana, humildemente presento a continuación un concepto de bloque de constitucionalidad, con particular referencia a Colombia, que se halla inmersa en un conflicto armado interno.

El bloque de constitucionalidad es un conjunto compuesto por la CADH y otros instrumentos interamericanos<sup>136</sup>, la jurisprudencia de la Corte IDH<sup>137</sup> (primacía del *acervo convencional*) y los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, las normas y principios aplicables del Derecho Internacional Humanitario (el artículo 3 Común a los Cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo II Adicional a los Cuatro

---

<sup>134</sup> “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El *bloque de constitucionalidad* está integrado por los Tratados y Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos (...)”.

<sup>135</sup> “Los tratados de derechos humanos (...) que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución se aplicarán de manera preferente *sobre ésta*” (cursivas fuera del texto).

<sup>136</sup> La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer.

<sup>137</sup> La jurisprudencia **constante** que configura el régimen especial de los crímenes internacionales, citada en los capítulos primero y segundo.

Convenios de Ginebra)<sup>138</sup>, el Preámbulo del Estatuto de Roma y los crímenes con estatuto de *ius cogens* y la jurisprudencia de la CPI<sup>139</sup>.

Es “la propia Constitución que ha «invitado» a otros instrumentos jurídicos a que ocupen junto con ella el mismo escalón (el primero)”<sup>140</sup> “y comparten con la Constitución su misma supremacía”<sup>141</sup>.

Las doce Constituciones seleccionadas tienen por lo menos una de las tres cláusulas de apertura al DIDH<sup>142</sup>, que desde la óptica constituyente de configuración normativa “complementan una abstracta regulación constitucional (...) cumplen por ello la función de servir de parámetro potestativo en procesos de constitucionalidad”<sup>143</sup>. En otras palabras, “no es la Constitución el único parámetro valorativo, se recurre, además, a la doctrina [del] bloque de constitucionalidad”<sup>144</sup>.

¿Cómo se interpretan los derechos fundamentales?

## 6. SISTEMA DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. PARÁMETROS DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD

¿Cómo operan los parámetros constitucionales? Depende si se protegen los derechos constitucionales fundamentales –parámetro interpretativo–, o si se trata de resolver conflictos normativos de constitucionalidad –parámetro de

---

<sup>138</sup> Se aclara que las normas y principios del DIH solo se aplicarán en el marco de un conflicto armado interno.

<sup>139</sup> Concepto de bloque de constitucionalidad aplicable en países en conflicto armado interno, como, por ejemplo, El Salvador, Guatemala, Perú y Colombia, respecto de los cuales la Corte IDH ha producido una jurisprudencia **constante**. Concepto que propongo para que en estos países los jueces interpreten y apliquen el acervo convencional interamericano a la luz del DIDH, del DIH y el DPI, poniendo fin a la impunidad de los crímenes internacionales.

<sup>140</sup> MANILI. Ob. cit., p. 261.

<sup>141</sup> Cfr. BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *El artículo 75, inciso 22, de la Constitución y los derechos humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1995, p. 78.

<sup>142</sup> Estos avances constitucionales marcan sin retorno una tendencia *monista* en el constitucionalismo latinoamericano hacia la *primacía* del acervo convencional sobre el ordenamiento jurídico interno, incluida la Constitución de los Estados Parte en la CADH.

<sup>143</sup> REQUEJO RODRÍGUEZ, PALOMA, “Bloque constitucional y Unión Europea”, en UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, JUAN IGNACIO y BERECIARTU, GURUTZ JÁUREGUI (Coords.), *Derecho constitucional europeo. Actas del VII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 321.

<sup>144</sup> ZAPATERO, VIRGILIO; GARRIDO GÓMEZ, MARÍA ISABEL y ARCOS ROMERO. *El derecho como proceso valorativo. Lecciones de teoría del derecho*. Alcalá: Universidad de Alcalá de Henares, Alcalá, p. 121.

validez de las normas—. Por tanto, brevemente se debe hacer la siguiente conceptualización.

“El parámetro de interpretación, tiene que ver más con una labor de argumentación y búsqueda del significado de los preceptos constitucionales que consagran los derechos fundamentales”<sup>145</sup>.

Según MANUEL ARAGÓN, “el parámetro lo constituyen normas abstractas, predeterminadas, que le vienen impuestas al órgano controlante y que éste se limita a aplicar en cada caso. Dicho en otras palabras, el parámetro está formado por normas jurídicas [y] también principios”<sup>146</sup>.

## 6.1. PARÁMETRO DE CONVENCIONALIDAD

Si el conflicto normativo se presenta entre una norma interna y una norma convencional (la CADH u otros instrumentos interamericanos) que reconoce los derechos humanos, el control será de convencionalidad, a la luz del parámetro de convencionalidad en el que se subsume el *acervo convencional*, siendo el tratado la norma-parámetro; control que ejerce la Corte IDH.

La Corte IDH cuando activa el control de convencionalidad siempre realiza una interpretación convencional, es decir, interpreta la CADH y la aplica, o interpreta otras Convenciones interamericanas (a la luz del DIH y/o del DPI<sup>147</sup>), y aplica la CADH configurando jurisprudencialmente “un *régimen especial* de los crímenes internacionales [con] una interpretación muy estricta del deber persecución y castigo de estos delitos”<sup>148</sup>. En este sentido, las normas que tipifican los crímenes internacionales podrían configurar un parámetro de convencionalidad

---

<sup>145</sup> GÓMEZ FERNÁNDEZ, *Conflicto y cooperación entre la Constitución española y el derecho internacional*. Ob. cit., pp. 359 y 360, de la misma autora *Redefinir el bloque de la constitucionalidad 25 años después*, ob. cit., p. 69.

<sup>146</sup> ARAGÓN, ob. cit., p. 99.

<sup>147</sup> Véase Corte IDH, caso Miembros de la Aldea Chichupac, en el que se le dedican 47 párrafos al deber de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de las graves violaciones de los derechos humanos. Sentencia de noviembre 30 de 2016, párrs. 33 y 34, y 210 a 257. Esta tendencia jurisprudencial comienza con el **caso Bámaca Velásquez contra Guatemala** en el que la Corte analizó “el incumplimiento del artículo 1.1. en relación con el artículo 3 Común de los Convenios de Ginebra (obligación de respetar los derechos)”. Sentencia de noviembre 25 de 2000.

<sup>148</sup> Véase MACULAN, Los crímenes internacionales en la jurisprudencia latinoamericana, ob. cit., pp. 72, 73, 176 y 196 y 273.

de las leyes penales nacionales<sup>149</sup>. Entre otros, este es un parámetro a seguir por la Jurisdicción Especial para la Paz colombiana<sup>150</sup>, aplicando los siguientes sistemas de interpretación de los tratados internacionales.

## **7. SISTEMAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES**

En cuanto a la interpretación de los tratados ANTONIO REMIRO BROTONS comenta que: “La interpretación, como ha observado M. BOS, es una *actividad en el marco de la aplicación* de las manifestaciones reconocidas del Derecho internacional, muy especialmente de los tratados. La interpretación es consustancial con la aplicación de la norma, hasta el punto de que la práctica convencional y la doctrina hacen aparecer frecuentemente a ambos términos como siameses”<sup>151</sup>.

### **7.1. CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS. REGLA GENERAL**

Proviene del derecho internacional consuetudinario un conjunto de reglas de interpretación de los tratados internacionales, que la jurisprudencia del Tribunal Permanente de Justicia Internacional y de la Corte Internacional de Justicia determinó para resolver los casos, y que tiempo después se codificaron en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969).

La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados contiene una *regla general de interpretación* de todos los tratados, según la cual:

---

<sup>149</sup> Ejemplo, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura fungió de parámetro para establecer la contradicción de los artículos 173 y 178 de la Ley penal colombiana con dicho tratado, y por ello la Corte Constitucional declaró su inconstitucionalidad, Sentencia C-148 de 2005, demandante: Gonzalo Rodrigo Paz Mahecha.

<sup>150</sup> Entre otros, aplicará los principios *pro homine* y *pro víctima*, y el bloque de constitucionalidad, según el artículo 1 de la Ley 1922 de 2018, reglas de procedimiento para la JEP.

<sup>151</sup> REMIRO BROTONS, ANTONIO, *Derecho Internacional Público, II. Derecho de los tratados*, Edit. Tecnos, Madrid, 1987, pp. 307 y 308. pp. 306 a 308.

“(…) un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su *objeto y fin*” (Artículo 31.1)<sup>152</sup>.

“Un tratado, dispone el artículo 31.1 de la Convención, *deberá* interpretarse de *buena fe* conforme al sentido *ordinario* de sus términos (interpretación *gramatical* o *textual*) dentro de su *contexto* (interpretación *lógico-sistemática*) y a la luz de su *objeto y fin* (interpretación *teleológica*). Objeto y fin componen un criterio de interpretación en el que el primer elemento –el *objeto*– desempeña el papel de realismo y de la moderación y el segundo –el *fin*– el papel del idealismo y del progreso. La interpretación teleológica, integrada en la regla general del artículo 31.1 de la Convención, se encuentra así sujeta a un doble control: el control *interno* supuesto por el ayuntamiento del *fin* con el *objeto* dentro del mismo criterio interpretativo, y el control *externo* provocado por su combinación operativa con los métodos tradicionales de la concepción objetivista. De ahí la rúbrica de este precepto como «Regla General de interpretación», en singular”<sup>153</sup>.

Esta regla general es aplicable para la interpretación de todos los tratados, entre otros, los que reconocen los derechos humanos, ejemplo la CADH que, a su vez, contiene unas reglas especiales para su interpretación.

## 7.2. CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. REGLAS ESPECIALES

Por su parte, la CADH en el artículo 29 enumera las *reglas especiales de interpretación*<sup>154</sup>.

---

<sup>152</sup> El artículo 32 trata de los *Medios de interpretación complementarios*, entre los cuales se hallan los trabajos preparatorios del tratado y las circunstancias de su celebración.

<sup>153</sup> REMIRO BROTONS. Ob. cit., pp. 309 y 313.

<sup>154</sup> Artículo 29: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea Parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.



La Corte IDH interpreta y aplica la CADH<sup>155</sup> acudiendo a la regla general de interpretación de la Convención de Viena<sup>156</sup>, en concordancia con las reglas especiales de interpretación americanas enumeradas anteriormente, o simplemente utiliza estas reglas<sup>157</sup>, según el caso contencioso a resolver, o la opinión consultiva por emitir.

De los sistemas internacionales de interpretación de los tratados la Corte IDH presenta una exposición y explicación pedagógica en los siguientes casos contenciosos, y en las Opiniones Consultivas OC-22/16 y OC-25/18, al enseñar cómo se debe interpretar los tratados internacionales de derechos humanos.

“Por ello, como en su jurisprudencia constante, la Corte hará uso de los métodos de interpretación estipulados en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena para llevar a cabo dicha interpretación”<sup>158</sup>.

#### **a) Caso González y otras (“Campo Algodonero”) contra México**

“La Convención de Viena contiene una regla que debe interpretarse como un todo. El sentido corriente de los términos, la buena fe, el objeto y fin del tratado y los demás criterios confluyen de manera unida para desentrañar el significado de una determinada norma. Por otra parte, la Corte recalca que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se compone tanto de un conjunto de reglas (las convenciones, pactos, tratados y demás documentos internacionales), como de una serie de valores que dichas reglas pretenden desarrollar. (...) En este sentido, el Tribunal, al enfrentar un caso como el presente, debe determinar cuál es la interpretación que se adecua de mejor manera al conjunto de las reglas y valores que componen el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Concretamente, en este caso, el Tribunal debe establecer los valores y objetivos perseguidos por la Convención Belém do Pará y realizar una interpretación que los desarrolle en la mayor

---

<sup>155</sup> Cfr. Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro contra Perú, Sentencia de noviembre 25 de 2006, párr. 31.

<sup>156</sup> Cfr. Corte IDH, Caso Yátama contra Nicaragua, Sentencia de junio 29 de 2005, párrs. 203 a 205.

<sup>157</sup> Cfr. REY CANTOR, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, ob. cit., p. 19.

<sup>158</sup> Cfr. Corte IDH, Caso Cuscul Piraval contra Guatemala, Sentencia de agosto 23 de 2018, párr.75.

medida. Ello exige la utilización en conjunto de los elementos de la norma de interpretación del artículo 31 citado”<sup>159</sup>.

El anterior aporte jurisprudencial acerca de la interpretación de los tratados se complementará con la jurisprudencia proveniente del siguiente caso, en el cual la Corte emplea los distintos sistemas de *interpretación* internacional para la *aplicación* de la CADH, para la protección de los derechos humanos.

## **b) Caso Fecundación in vitro contra Costa Rica**

“El Tribunal reitera su jurisprudencia según la cual una norma de la Convención debe interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta el objeto y fin de la Convención Americana, el cual es la eficaz protección de la persona humana, así como mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos. En ese marco, a continuación se realizará una interpretación: i) conforme al sentido corriente de los términos; ii) sistemática e histórica, iii) evolutiva, y iv) del objeto y fin del tratado”<sup>160</sup>.

Estas formas de interpretación de las normas convencionales las emplea la Corte acudiendo a la jurisprudencia impartida en casos resueltos en el: Sistema Europeo de Derechos Humanos<sup>161</sup>, Sistema Africano de Derechos Humanos<sup>162</sup>, Sistema Universal de Derechos Humanos<sup>163</sup> y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos<sup>164</sup>.

Llama la atención la novedad interpretativa que la Corte titula *El principio de interpretación más favorable y el objeto y fin del Tratado*, expresando lo siguiente:

---

<sup>159</sup> Corte IDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) contra México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de noviembre 16 de 2009, párr. 33.

<sup>160</sup> Cfr. Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) contra Costa Rica, Sentencia de noviembre 28 de 2012, párr. 173.

<sup>161</sup> Véanse Caso Artavia Murillo y otros, párrs. 234 a 242.

<sup>162</sup> *Ibidem*, párr. 243.

<sup>163</sup> *Ibidem*, párrs. 224 a 233.

<sup>164</sup> *Ibidem*, párrs. 194 a 223.

“En una interpretación teleológica se analiza el propósito de las normas involucradas, para lo cual es pertinente analizar el objeto y fin del tratado mismo y, de ser pertinente, analizar los propósitos del Sistema Regional de Protección. En este sentido, tanto la interpretación sistemática como la teleológica están directamente relacionadas”<sup>165</sup>.

Luego agrega la Corte: “(...) en aplicación del *principio de interpretación más favorable* la alegada ‘protección más amplia’ en el ámbito interno no puede permitir, ni justificar la supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella”<sup>166</sup>.

“En el lenguaje jurídico francés esta expresión significa que todo tratado internacional debe ser interpretado y aplicado de tal manera que se garantice su pleno efecto práctico, habida cuenta de su objeto y finalidad”<sup>167</sup>.

**En la Opinión Consultiva OC-22/16 la Corte opinó lo siguiente:** “Este Tribunal estima necesario hacer uso de todos los demás métodos de interpretación establecidos en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados”<sup>168</sup>.

En esta Opinión la Corte enumera los criterios de interpretación<sup>169</sup>.

---

<sup>165</sup> Caso González y otras (“Campo Algodonero”), citado, párr. 59.

<sup>166</sup> *Ídem*, párr. 259.

<sup>167</sup> PESCATORE, PIERRE, “Aspectos judiciales del acervo comunitario”, traducción de Loaysa Monserrat F., en *Revista de Instituciones Europeas*, N° 2, Vol. 8, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981, pp. 331 a 366. *Monismo, dualismo y “efecto útil” en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, ob. cit., p. 7, *ibídem*.

<sup>168</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva, O-C-22/16, de febrero 26 de 2016, solicitada por la República de Panamá. “Titularidad de derechos de las personas Jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, párr. 39, 40 y 49.

<sup>169</sup> *Interpretación teleológica*. “La Corte ha indicado que en una interpretación teleológica se analiza el propósito de las normas involucradas, para lo cual es pertinente analizar el objeto y fin del tratado mismo y, de ser pertinente, los propósitos del sistema regional de protección”. *Interpretación sistemática*. La Corte resalta que, según el criterio sistemático, las normas deben ser interpretadas como parte de un todo cuyo significado y alcance deben fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenecen (...). *Interpretación evolutiva*. “(...) los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales (...)”. Según LAURENCE BURGORGUE-LARSEN la Corte IDH practica la *interpretación evolutiva*, que consiste en “una manera de mantenerse al día con las tendencias convergentes a escala internacional. Se trata, de alguna manera, de mantener viva la universalidad de los derechos”. *El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, ob. cit., p. 131. En el Caso Hermanos Gómez Paquiyauri contra Perú la Corte se refirió a la CADH como un “instrumento viviente”, Sentencia de julio 8 de 2004, párr. 165.

La Corte en la **Opinión Consultiva OC-25/18** opinó lo siguiente:

Según la Convención de Viena la interpretación de los tratados internacionales “implica la aplicación simultánea de la buena fe, el sentido natural de los términos empleados en el tratado de que se trate, el contexto de éstos y el objeto y fin de aquél”<sup>170</sup>.

“Es en ese sentido que la Convención Americana prevé expresamente determinadas pautas de interpretación en su artículo 29, entre las que alberga el principio *pro persona* (...).

”Ahora bien, en cuanto a la interpretación conforme al objeto y fin de la Convención Americana, y el principio *pro persona*, es importante destacar que la Corte, al momento de realizar su labor interpretativa, no debe considerarlos de manera aislada, sino en conjunto con los otros métodos de interpretación”<sup>171</sup>.

“En ese sentido, la Convención Americana prevé determinadas pautas de interpretación (art.29), entre otras, el principio *pro persona*”<sup>172</sup>, que significa “privilegiar la aplicación de la norma que otorgue mayor protección a los derechos de la persona y/o se deberá interpretar los derechos de una manera amplia y a favor del individuo”<sup>173</sup>. “Cuando se trata del reconocimiento de derechos debe seguirse la interpretación más beneficiosa para la persona, y cuando se trata de la restricción o supresión de los mismos, la interpretación más restrictiva”<sup>174</sup>.

La doctrina creó la expresión *pro homine*; *pro personae* es la denominación que utiliza la jurisprudencia<sup>175</sup>. Este principio tiene fundamento en el artículo 29,

---

<sup>170</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva, O-C-25/18, de mayo 30 de 2018, solicitada por la República del Ecuador. “La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de protección (Interpretación y alcance de los artículos 5,22.7 y 22.8 en relación con el artículo 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, párr. 134,148 y 149.

<sup>171</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva, O-C-25/18, *ibídem*, párrs. 148 y 149.

<sup>172</sup> Corte IDH, Caso Cuscul Piraval, ob. cit. párr.92.

<sup>173</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva, O-C-25/18, *ibídem*, párrs. 148 y 149.

<sup>174</sup> CIDH, Informe N° 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, agosto 6 de 2009, párrs. 71 y 75.

<sup>175</sup> Corte IDH, **Caso Masacre de los 19 comerciantes contra Colombia**, Sentencia de julio 5 de 2004, párr. 173.

numeral 1, literal b) de la CADH. Principio del *effect utile*: “es aquel en virtud del cual hay que asegurar a las disposiciones convencionales sus efectos propios en el derecho interno de los Estados Parte”<sup>176</sup>. También se aplican los principios de eficacia, utilidad y buena fe que rigen las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos<sup>177</sup>.

Con elocuente crítica a la jurisprudencia interamericana JAVIER GARCÍA ROCA, afirma “que los genéricos principios recogidos en el Convenio de Viena (artículos 31 a 33) son insuficientes para hacer operativa una jurisdicción sobre derechos. Su tutela judicializada demanda de otros criterios complementarios y más específicos (...) es esencial el empleo en las sentencias europeas de un principio de proporcionalidad”<sup>178</sup>. El autor cita como ejemplo, el **caso Strelez, Kessler y Krenz contra Alemania**, sentencia de 22 de marzo de 2001<sup>179</sup>, el principio sirvió para justificar la condena penal de unos dirigentes comunistas. Un asunto límite y con evidente semejanza con el juicio de Núremberg. La Corte consideró que es legítimo en un Estado de Derecho iniciar procedimientos penales contra personas que cometieron crímenes bajo un régimen político anterior y que los tribunales de un Estado que sucedió a otro tomen el lugar de los que existían previamente, siempre y cuando interpreten las leyes de acuerdo con los principios de un Estado de Derecho<sup>180</sup>.

En efecto, la Corte IDH también ha utilizado el principio de proporcionalidad<sup>181</sup> y el método de la ponderación<sup>182</sup>, como otros criterios complementarios de interpretación.

---

<sup>176</sup> Voto concurrente del Juez Antonio Augusto Cancado Trindade en el Asunto de Medidas Provisionales de James y otros respecto de Trinidad y Tobago, párr. 12. Al respecto véanse las siguientes decisiones: **Corte IDH, Caso Radilla Pacheco contra México**, Sentencia de noviembre 23 de 2009, párrs. 338 a 342; **Caso Atala Riffo y Niñas contra Chile**, Sentencia de febrero 24 de 2012, párr. 284, y **Caso Norín Catrیمان y otros (dirigentes, miembros y activistas del Pueblo Indígena Mapuche) contra Chile**, Sentencia de mayo 29 de 2014, párrs. 436, 461 y 464.

<sup>177</sup> Comisión IDH, Caso 12.228, Informe N° 117/09, Alfonso Martín del Campo Dodd contra México, Informe Anual de la Comisión IDH, 2012, párrs. 853 y 858

<sup>178</sup> GARCÍA ROCA, *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, ob. cit., pp. 91 y 92.

<sup>179</sup> Hechos: los recurrentes estaban implicados en graves actuaciones represoras que llevaron a la muerte de las personas que trataban de cruzar el muro de Berlín; alegaron que fueron condenados por delitos que no constituían crímenes en la extinta República Democrática Alemana y que su condena violaba el *principio de legalidad penal* del art. 7 CEDH.

<sup>180</sup> *Ídem*, p. 101.

<sup>181</sup> Caso Palamara Iribarne contra Chile, Sentencia de noviembre 22 de 2005, párr. 216, y caso “Instituto de Reeducación del Menor” contra Paraguay, Sentencia de septiembre 2 de 2004, párr. 228.

<sup>182</sup> Caso Kilme contra Argentina, sentencia de 2 de mayo de 2008, párr.84.

Recapitemos. La jurisprudencia *constante* de la Corte IDH obliga a los Estados Partes de la CAHD a “privilegiar la aplicación de la norma que otorgue mayor protección a los derechos de la persona y se deberá interpretar los derechos de una manera amplia y a favor del individuo”<sup>183</sup>.

Dicha jurisprudencia y la CADH (acervo convencional) se subsume en el bloque de constitucionalidad que utilizará la Jurisdicción Especial para la Paz colombiana, privilegiando la norma internacional que establece el *deber de investigar, juzgar y sancionar* a todos los agentes del Estado, la cual otorga “mayor protección a los derechos” de las víctimas, debiendo interpretarse dicha norma de “manera amplia y a favor” de éstas, con el fin de garantizárseles el pleno y efectivo acceso a la Jurisdicción Especial para la Paz colombiana, para lo cual además deberá inaplicar la renuncia a la persecución penal para agentes del Estado responsables de crímenes de *ius cogens*, en ejercicio del control de convencionalidad. De esta manera “la jurisprudencia de San José tiene pues un papel protagonista, dotado de autoridad y con capacidad para imponer sus decisiones interpretativas”<sup>184</sup>, porque es obligatoria para todos los jueces latinoamericanos.

“Ello significa que cada uno de esos derechos posee un contenido necesario y común a escala continental [y del Caribe] y frente al cual no cabe oponer peculiaridades constitucionales nacionales”<sup>185</sup>, por ejemplo, alegar la aplicabilidad de la norma constitucional creadora de la citada renuncia a la persecución penal.

Finalizaré esta parte de los sistemas de interpretación afirmando que “el principio de primacía tiende a expresar su carácter general también en el marco de la

---

<sup>183</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva, O-C-25/18, *Ibídem*, párrs. 148 y 149. Se trata de jurisprudencia vinculante que utilizaré para interpretar *pro persona* el derecho de acceso de las víctimas a la justicia transicional, en todas las etapas de investigación, juzgamiento y sanción de todos los responsables de crímenes de *ius cogens* perpetrados en el conflicto armado interno colombiano.

<sup>184</sup> GARCÍA ROCA y NOGUEIRA ALCALÁ, *El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor del precedente e interpretación vinculante*, ob. cit., p. 47.

<sup>185</sup> DÍEZ-PICAZO, ob. cit., p. 18.

obligación de interpretación conforme”<sup>186</sup>. “Interpretar los derechos viejos se aproxima a crear derechos nuevos”<sup>187</sup>.

## **8. CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DE INTERPRETACIÓN CONFORME (CONSTITUCIONALIDAD<sup>188</sup>/CONVENCIONALIDAD<sup>189</sup>) A LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS<sup>190</sup>**

Hay que precisar los alcances de la interpretación de la ley conforme a la Constitución, de la interpretación de los derechos constitucionales fundamentales de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos (*secundum conventionem*). Esta última interpretación es posible por las cláusulas constitucionales de apertura, las cuales se derivan, en gran medida, en el “artículo 10.2 de la C E y albergan *cláusulas constitucionales de apertura* que faciliten la recepción del acervo convencional”<sup>191</sup>. En este sentido, varias Constituciones de América Latina siguen los pasos del artículo 93<sup>192</sup> de la Constitución de Colombia de 1991, entre otras, el artículo 1 de la Constitución de los Estados Unidos de México reformada en el 2011.

El artículo 417 de la Constitución de Ecuador (2008) establece el principio *pro persona*<sup>193</sup>. Cuando se realice la interpretación conforme debe acudir, entre otros principios al principio *pro persona*. El principio *pro persona* “es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o la interpretación más extensiva,

<sup>186</sup> ESCOBAR HERNÁNDEZ y OJINAGA RUIZ. Ob. cit., p. 458.

<sup>187</sup> GARCÍA ROCA y NOGUEIRA ALCALÁ, *El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor del precedente e interpretación vinculante*, ob. cit., p. 87.

<sup>188</sup> “El término «*constitucionalidad*» debe reservarse para el enjuiciamiento cuyo único parámetro sea la forma constitucional”. REQUEJO PAGÉS, *Constitución y remisión normativa*, ob. cit., p. 118.

<sup>189</sup> El término *inconvencionalidad* será el único vocablo a emplear cuando explique el parámetro de interpretación convencional.

<sup>190</sup> Cfr. QUERALT JIMÉNEZ. Ob. cit., p. 160. FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Querétaro (México), 2012, p. 131.

<sup>191</sup> GARCÍA ROCA y NOGUEIRA ALCALÁ, *El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor del precedente e interpretación vinculante*, ob. cit., p. 72.

<sup>192</sup> “Los tratados y convenios internacionales (...) que reconocen derechos humanos (...) prevalecen en el orden interno. Los derechos (...) consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos (...)”. Como se observa, la norma contiene entre otras la cláusula de interpretación conforme al DIDH.

<sup>193</sup> El artículo 426 prevé que los jueces “aplicarán directamente las normas previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen”.

cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria”<sup>194</sup>.

Este principio *pro persona* está contenido en el “(...) artículo 29b que induce el recurso a múltiples fuentes ajenas para interpretar la Convención Americana como un «instrumento vivo»”<sup>195</sup>.

En el derecho constitucional, en términos generales, se distinguen dos sistemas de interpretación de las normas constitucionales:

- a) La interpretación *de la ley* conforme con la Constitución.
- b) La interpretación de la Constitución *conforme con la CADH* u otros instrumentos interamericanos (*interpretación secundum Conventionem*).

### **8.1. INTERPRETACIÓN DE LA LEY CONFORME A LA CONSTITUCIÓN**

Explica FERRERES COMELLA que “en caso de duda acerca de cuál de las varias interpretaciones posibles del texto legal es la correcta, el juez constitucional debe optar por aquella interpretación bajo la cual la norma identificada es compatible con la Constitución, o rechazar aquellas interpretaciones bajo las cuales la norma identificada es incompatible con la misma”<sup>196</sup>.

Sistema de interpretación que no desarrollaré como lo advertí. Me ocuparé a continuación de la interpretación de la Constitución conforme a la CADH:

“Para entender con mayor nitidez cual es la verdadera incidencia de las sentencias de la [Corte Interamericana] como instrumento interpretativo del que hacen uso las jurisdicciones internas, en primer lugar, debe estar claro si la

---

<sup>194</sup> PINTO MÓNICA, “El principio *pro homine*. Criterios hermenéuticos y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en la obra colectiva de ABREGÚ, MARTÍN y CHRISTIAN, COURTIS (Coordinadores), ob. cit., CELS, Buenos Aires, Argentina, 2004, p. 163.

<sup>195</sup> BURGORGUE-LARSEN, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Tribunal Constitucional”, en la obra colectiva *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, ob. cit., p. 443.

<sup>196</sup> FERRERES COMELLA, VÍCTOR, *Justicia constitucional y democracia*, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, pp. 38, 39 y 148.



jurisprudencia de la [Corte IDH] se utiliza como criterio hermenéutico en la aplicación de la [CADH] o si se utiliza como pauta de interpretación de los derechos fundamentales constitucionales”<sup>197</sup>.

En similar forma, “(...) el TEDH ha dejado claro que los tribunales constitucionales están también sometidos al sistema del convenio”<sup>198</sup>.

## **8.2. INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN CONFORME A LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (*SECUNDUM CONVENTIONEM*)<sup>199</sup>**

JAVIER GARCÍA ROCA a esta forma de interpretación la denomina interpretación constitucional *secundum Conventionem*<sup>200</sup>:

“Es la técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y las libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos, así como por la jurisprudencia de tribunales internacionales (...), para lograr su mayor eficacia y protección”<sup>201</sup>.

SAÍZ ARNAIZ explica que “la interpretación de aquellas disposiciones implica integración, concretización del contenido de la Constitución, de modo que la actividad del intérprete no solo es explicativa, sino creativa, de rellenado, siendo así que el *contenido* del texto interpretado solo se completa con su interpretación”<sup>202</sup> (resaltado en cursivas fuera del texto).

---

<sup>197</sup> QUERALT JIMÉNEZ. Ob. cit., p. 153.

<sup>198</sup> GARCÍA ROCA, JAVIER, *El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo*, ob. cit., p. 215.

<sup>199</sup> Llamo la atención en el sentido de que las Constituciones y sus reformas deben adecuarse al *acervo convencional*; de lo contrario dichas normas podrían ser inconvencionales; ejemplo, la *renuncia a la persecución penal* para agentes del Estado colombiano.

<sup>200</sup> GARCÍA ROCA, JAVIER, “El diálogo sobre derechos humanos entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana”, en la obra colectiva *La América de los Derechos*, ob. cit., p. 547.

<sup>201</sup> FERRER MAC-GREGOR, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, ob. cit., p. 358.

<sup>202</sup> SAÍZ ARNAIZ, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 202-203.

Como se expuso, la *cláusula constitucional de apertura* hace posible la recepción del *acervo convencional*<sup>203</sup>.

En las Constituciones que carecen de dicha cláusula constitucional de apertura, según SAÍZ ARNAIZ, se podría aplicar el *principio general de interpretación conforme con el derecho internacional*<sup>204</sup> por parte del juez para resolver los casos:

“Los derechos de las Constituciones de los Estados signatarios deben interpretarse constitucionalmente en la forma prevista en el Convenio. Es menester, una dinámica interpretación constitucional *secundum Conventionem* [...] una *interpretación de la Constitución conforme al Convenio* resulta obligada y es la única constitucionalmente adecuada”<sup>205</sup>.

Es lo que se denomina el *deber* constitucional de interpretar *secundum Conventionem*, que nace de las cláusulas constitucionales de apertura y que, según SAÍZ ARNAIZ, dichas cláusulas contienen una obligación *de resultado*. “Es una obligación internacional, pero también un mandato constitucional”<sup>206</sup>.

Se refuerzan nuestros argumentos al decir que:

“(...) la primacía de la [CADH] y su fuerza vinculante para todos los órganos del Estado se traduce en la obligación de interpretar el derecho interno de los Estados de conformidad con la [CADH]”<sup>207</sup>.

“Este principio constitucional de interpretación conforme con la normativa internacional, constituye una manifestación del control de convencionalidad

---

<sup>203</sup> Cfr. QUERALT JIMÉNEZ. Ob. cit., pp. 153 y ss. SAÍZ ARNAIZ. *Ibidem*, p. 156.

<sup>204</sup> Cfr. SAÍZ ARNAIZ. *Ibidem*, pp. 149 y 150.

<sup>205</sup> GARCÍA ROCA, JAVIER, “La interpretación constitucional de una declaración internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y bases para una globalización de los derechos”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 5, enero-junio, Edit. Porrúa, México, 2006, pp. 146 y 147.

<sup>206</sup> GARCÍA ROCA, y NOGUEIRA ALCALÁ, *El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor de precedente e interpretación vinculante*, ob. cit., p. 72.

<sup>207</sup> ESCOBAR HERNÁNDEZ y OJINAGA RUIZ. Ob. cit., p. 457.

interno que deben realizar los jueces nacionales a que se refiere la Corte Interamericana”<sup>208</sup>.

También “significa realizar una «interpretación conforme» de la norma nacional con la CADH, sus protocolos y la jurisprudencia convencional (como estándar mínimo), para desechar aquellas «interpretaciones» contrarias o incompatibles al parámetro convencional”<sup>209</sup>.

Al respecto, el Tribunal Interamericano, en el **caso Petro Urrego contra Colombia**, innovó así: “La Corte observa que [disposiciones de] la Constitución admiten la posibilidad de ser interpretadas de modo compatible con la Convención Americana. Conforme a la regla de que no debe declararse una norma violatoria de la Convención en tanto admita una interpretación compatible con ésta”<sup>210</sup>.

En el control de constitucionalidad de la norma constitucional creadora de la renuncia a la persecución penal, la Corte Constitucional colombiana, al establecer su manifiesta incompatibilidad con la CADH, no debió utilizar el “juicio de la sustitución de la Constitución”<sup>211</sup>, sino aplicar el control de

---

<sup>208</sup> Cfr. FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO y SILVA GARCÍA, FERNANDO, *El Caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Edit. Porrúa, México, 2010, p. 55.

<sup>209</sup> FERRER MAC-GREGOR, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*. Ob. cit., p. 111.

<sup>210</sup> Corte IDH, caso Petro Urrego, párr. 112.

<sup>211</sup> En ejercicio del juicio de sustitución la Corte utilizó el “método de la ponderación” como estrategia para desplazar la justicia y ponderar la paz. El falso dilema entre paz o reconciliación y justicia.

convencionalidad. Con esta estrategia además se omitió la interpretación conforme al *acervo convencional* que explico enseguida.

Para continuar con el desarrollo del título enunciado presentaré la siguiente clasificación: interpretación conforme al *acervo convencional* y la aplicación de la Constitución (a), y la interpretación conforme al *acervo convencional* y la aplicación de la CADH (b). “La justificación para ambos fenómenos es distinta”<sup>212</sup>.

### **a) Interpretación conforme al *acervo convencional* y aplicación de la Constitución**

La Corte IDH máximo intérprete de la CADH <sup>213</sup> y aplicando la Constitución se resuelven los casos. “Se trata de dar algo por sabido y de aplicación notoria: la jurisprudencia interamericana y sus estándares”<sup>214</sup>.

De esta técnica, en España, se pueden examinar casos concretos. SAÍZ ARNAIZ cita como ejemplos de la aplicación del artículo 10.2 como cláusula interpretativa que “impone acudir a los tratados”<sup>215</sup>, “que alude al claro valor interpretativo de los acuerdos internacionales”<sup>216</sup>, “ahora calificados de valiosos criterios hermenéuticos”<sup>217</sup>, “exige interpretar de conformidad”<sup>218</sup>, y “alude a los convenios internacionales en la materia como instrumento hermenéutico insoslayable”<sup>219</sup>.

---

<sup>212</sup> Cfr. QUERALT JIMÉNEZ. Ob. cit., pp. 153 y 154.

<sup>213</sup> Cfr. Corte IDH: “(...) la jurisprudencia constante de esta Corte es la autoridad interpretativa de las obligaciones establecidas en la Convención Americana”, Caso Vélez Restrepo y familiares contra Colombia, ob. cit., párr. 241.

<sup>214</sup> GARCÍA ROCA y NOGUEIRA ALCALÁ, *El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor del precedente e interpretación vinculante*, ob. cit., p. 68.

<sup>215</sup> STC 341/1993, FJ 5.

<sup>216</sup> STC 206/1997, FJ 5.

<sup>217</sup> STC 292/2000, FJ 3.

<sup>218</sup> STC 95/2003, FJ 5.

<sup>219</sup> STC 123/2005, FJ 3.

En efecto, se interpreta la Constitución “de conformidad con el CEDH y la jurisprudencia del TEDH y no se produce la aplicación judicial del CEDH”<sup>220</sup>.

El objetivo de la interpretación conforme es “que diferentes tribunales constitucionales participen en la construcción de unas interpretaciones conjuntas, armonizadas con la técnica de la interpretación conforme”<sup>221</sup>.

Se concluye este aparte con la doctrina que expresa que: “El derecho de los derechos humanos aplicable en cada país resulta ser, así, una peculiar combinación de las propias normas constitucionales y elaboraciones jurisprudenciales con la mencionada jurisprudencia [interamericana]”<sup>222</sup>.

Con acierto la doctrina afirma que: “Es menester, una dinámica interpretación constitucional *secundum Conventionem* [...] una *interpretación de la Constitución conforme al Convenio*”<sup>223</sup>.

## **b) Interpretación conforme al *acervo convencional* y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos**

Esta es mi propuesta. El Tribunal Constitucional no aplicaría la Constitución ni su jurisprudencia para resolver. La necesidad de la interpretación *secundum Conventionem* radicaría en la observancia dada por los Tribunales constitucionales y los jueces ordinarios a lo dicho por la Corte IDH en sus sentencias con efectos vinculantes como se expresó, que viene determinada por la obligatoriedad de la *cosa interpretada* de estas decisiones, en virtud de la autoridad interpretativa que tiene la Corte. Estos jueces nacionales deben utilizar

---

<sup>220</sup> QUERALT JIMÉNEZ. Ob. cit., p.67.

<sup>221</sup> GARCÍA ROCA, JAVIER, *El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo*. Ob. cit., p. 218.

<sup>222</sup> Díez-PICAZO. Ob. cit., p. 18.

<sup>223</sup> GARCÍA ROCA, *La interpretación constitucional de una declaración internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y bases para una globalización de los derechos*. Ob. cit., pp. 146 y 147.

la jurisprudencia de la Corte como parámetro de interpretación convencional aplicando directamente la CADH.

Otra innovación. “La Corte recuerda que la interpretación de las normas [constitucionales] por parte de la Corte Constitucional deben ser coherentes con los principios convencionales en materia de derechos”<sup>224</sup>. Esta es la función a ejercer por parte de la Jurisdicción Especial para la Paz colombiana, aplicar directamente el acervo convencional interamericano inaplicando la Constitución para resolver casos concretos, utilizado como *argumento de autoridad*.

GARCÍA ROCA y NOGUEIRA ALCALÁ proponen un *acervo convencional* como canon de validez de las normas y un *acervo convencional* como un criterio interpretativo<sup>225</sup>.

### **1) El acervo convencional como un *criterio interpretativo* de los derechos humanos**

La variante enunciada en el título de la interpretación conforme al *acervo convencional* tendría aplicabilidad con aquellas Constituciones en que la declaración de los derechos fundamentales es antigua, incompleta o precaria<sup>226</sup>, y con la aplicación del tratado y/o la jurisprudencia se llena el vacío constitucional, incorporando el derecho de fuente internacional al bloque de la constitucionalidad y decidir un caso concreto; por ejemplo, el Tribunal Constitucional del Ecuador incorporó el derecho a la verdad de las víctimas de violaciones a derechos humanos citando sentencias de la Corte IDH<sup>227</sup>, para resolver un caso concreto ante la inexistencia del derecho en la normativa constitucional<sup>228</sup>. Esta sería la aplicación del acervo convencional como un *criterio interpretativo* de los derechos humanos. “Basta leer jurisprudencias para

---

<sup>224</sup> Corte IDH, caso Petro Urrego, párr. 117.

<sup>225</sup> Cfr. GARCÍA ROCA y NOGUEIRA ALCALÁ, *El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor del precedente e interpretación vinculante*, ob. cit., p. 68.

<sup>226</sup> Cfr. QUERALT JIMÉNEZ. Ob. cit., pp. 153, 154 y 155.

<sup>227</sup> Tribunal Constitucional de Ecuador, Sentencia N° 001-09-SCN.

<sup>228</sup> Citado por RIBERA NEUMANN, TEODORO y GORNIG, GILBERT, *Relaciones entre el derecho internacional público y el derecho interno en Europa y Sudamérica*, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Navarra (España), 2016, pp. 135 y 136.

hallar infinidad de contenidos de los derechos convencionales que no están expresamente determinados en las Constituciones nacionales”<sup>229</sup>.

## 2) El acervo convencional como un *canon de validez de las normas*

Se trata del “control de las leyes de carácter convencional” según denominación de GARCÍA ROCA y NOGUEIRA ALCALÁ. Sería el caso de la norma legal incompatible con un tratado internacional.

La Corte Constitucional colombiana, sin expresarlo, ejerció el control de convencionalidad de una ley, en la siguiente forma:

“La Corte constata que es clara la contradicción entre el texto de los arts. 173 y 178 de la Ley 599 de 2000 –que tipifican respectivamente los delitos de tortura en persona protegida y tortura– y la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura”<sup>230</sup>. Por ello, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de las normas legales<sup>231</sup>.

En efecto, el juez nacional –constitucional u ordinario– está vinculado por el acervo convencional, por lo que deberá acudir “al principio general de interpretación conforme –compatible– con el *acquis conventionnel*”<sup>232</sup>.

“¿Ha de acudirse *necesariamente* a los tratados internacionales al interpretar los derechos fundamentales, o, por el contrario, corresponde al intérprete decidir, en su caso, libremente el eventual recurso a las fuentes de producción externa? La respuesta es afirmativa”<sup>233</sup>. En efecto, la interpretación convencional tiene un valor vinculante para “todos los poderes constituidos e incluso al poder constituyente y al de reforma”<sup>234</sup> y, por consiguiente, surge para los tribunales

---

<sup>229</sup> GARCÍA ROCA y NOGUEIRA ALCALÁ, *El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor del precedente e interpretación vinculante*, ob. cit., p. 55.

<sup>230</sup> Sentencia C-148 de 2005, demandante Gonzalo Rodrigo Paz Mahecha.

<sup>231</sup> Contradictoriamente la misma Corte, como se dijo, en otros casos ha afirmado que “no es juez de convencionalidad”, Sentencia C-941 de 2010.

<sup>232</sup> QUERALT JIMÉNEZ. Ob. cit., p. 154.

<sup>233</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA EDUARDO, *El valor en derecho español*, Edit. Civitas, Madrid, 2009, p. 11. Cfr. SAÍZ ARNAIZ. Ob. cit., p. 205.

<sup>234</sup> GARCÍA ROCA y NOGUEIRA ALCALÁ, *El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor del precedente e interpretación vinculante*, ob. cit., pp. 74 y 77.

constitucionales y todos los jueces un *deber* constitucional y una *obligación* convencional de aplicar el *acervo convencional* para resolver los casos, como lo reitero constantemente:

“Las normas reconocedoras de los derechos en el sistema convencional europeo, al igual que en las declaraciones constitucionales, se engastan en supuestos de hecho que modifican y a veces transforman el propio contenido de las disposiciones al modo de un derecho viviente (*diritto vivente*)”<sup>235</sup>.

De la citada argumentación doctrinal concluyo que en efecto el *acervo convencional* constituye *canon de validez* y *criterio interpretativo* de los derechos humanos<sup>236</sup>. En uno y otro evento el juez competente, según el caso, puede ordenarle al Estado la reparación integral del daño –*restitutio in integrum*– a favor de las víctimas o familiares causado por las graves violaciones a los derechos humanos, “porque los tribunales internos deben [usar] una interpretación constitucional *secundum Conventionem* que les permita acomodarse al *acquis conventionnel*”<sup>237</sup>.

En el mismo sentido SAGÜÉS advierte que: “(...) el compromiso que demanda la doctrina del control de convencionalidad es posible que exija, interpretar la regla constitucional no según el techo ideológico que campea en la Constitución, sino de acuerdo con la ideología que anima al Pacto de San José y a la Corte cuando lo interpreta”<sup>238</sup>.

“Una interpretación constitucional *secundum Conventionem* la contrapartida del intenso efecto de cosa interpretada que cabe reclamar de las sentencias de Estrasburgo”<sup>239</sup>.

---

<sup>235</sup> GARCÍA ROCA, *El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo*, ob. cit., pp. 186 y 187.

<sup>236</sup> Cfr. GARCÍA ROCA y NOGUEIRA ALCALÁ, *El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor del precedente e interpretación vinculante*, ob. cit., p. 68.

<sup>237</sup> *Ibidem*.

<sup>238</sup> SAGÜÉS, *Dificultades operativas del “Control de Convencionalidad” en el Sistema Interamericano*. Ob. cit., pp. 1248 y 1249.

<sup>239</sup> GARCÍA ROCA, *El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo*. Ob. cit., p. 221.



En conclusión, la jurisprudencia interamericana vinculante debe aplicarse por los jueces internos como derecho viviente, teniendo en cuenta que “el principio de primacía de la [CADH] se dirige principalmente al juez nacional”<sup>240</sup>.

## **9. PARÁMETRO DE CONVENCIONALIDAD DE LAS CONSTITUCIONES, DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES, LEYES, ACTOS ADMINISTRATIVOS Y PRÁCTICAS Y DE LA JURISPRUDENCIA**

El punto de partida es la configuración del parámetro del control de convencionalidad que comprende: los derechos convencionales (CADH) y la jurisprudencia de la Corte IDH, esto es, el *acervo convencional* que se subsume en el parámetro de convencionalidad, como se ha explicado<sup>241</sup>.

“Un lugar destacado ocupa la amplitud del parámetro del bloque de constitucionalidad a los fines del control”<sup>242</sup> de convencionalidad de las Constituciones y sus reformas, las leyes, los actos administrativos, la jurisprudencia y las prácticas judiciales y administrativas, en el que se hace operativa la primacía del *acervo convencional* por medio del juicio/control de convencionalidad, vinculando así a los Estados, sean o no Parte en la CADH con la jurisprudencia interamericana:

“Su línea jurisprudencial, en conjunto, nos orienta y vincula, y es que es *nuestra* jurisprudencia. Porque el Convenio es en puridad, Convenio + interpretación, es decir, el texto se aplica tal y como lo va interpretando la jurisprudencia en cada momento”<sup>243</sup>.

“Las decisiones de las jurisdicciones constitucionales sobre derechos son hoy objeto de una revisión externa por el TEDH, aunque sea desde un parámetro limitado al control de convencionalidad que no es igual al control de

---

<sup>240</sup> ESCOBAR HERNÁNDEZ y OJINAGA RUIZ. Ob. cit., p. 463.

<sup>241</sup> Según mi propuesta el acervo convencional también se subsume en el parámetro de constitucionalidad para resolver los conflictos normativos de inconstitucionalidad.

<sup>242</sup> PEGORARO LUCIO, “Reflexiones sobre la clasificación en el derecho constitucional comparado (enfoque dúctil y búsqueda de elementos determinantes)”, en la obra colectiva *Constitución y democracia: ayer y hoy*, Libro homenaje a Antonio Torres del Moral, Editorial Universitas, S.A., Madrid, 2010, p. 310.

<sup>243</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER. Ob. cit., p. 74.

constitucionalidad, pero ha sido en parte construido a su imagen y semejanza.  
"244 Sin olvidar que: "(...) la jurisprudencia constante de [la Corte IDH] es la autoridad interpretativa de las obligaciones establecidas en la Convención Americana"245.

## 9.1. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LAS CONSTITUCIONES

En algunos casos concretos se ha presentado el conflicto normativo de normas constitucionales manifiestamente incompatibles con la CADH. En efecto, la Corte IDH a la fecha ha resuelto cinco casos, y los hechos de cada caso<sup>246</sup> los resumo a continuación para una mejor comprensión de la inconvencionalidad por la cual la Corte IDH ordenó, mediante sentencia, reformas constitucionales. Estas órdenes podrían entenderse como una *sui generis* "iniciativa constituyente" de creación jurisprudencial, promoviendo indefectiblemente un proceso constituyente reformador, convirtiéndose esta innovación en un límite heterónomo de la voluntad constituyente que subyace a la primacía *del acervo convencional*.

El primer caso resuelto por la Corte IDH es el Caso<sup>247</sup> "La última tentación de Cristo" contra Chile<sup>248</sup>.

---

<sup>244</sup> GARCÍA ROCA, JAVIER, *El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo*. Ob. cit., p. 215.

<sup>245</sup> Corte IDH, **Caso Vélez Restrepo y familiares contra Colombia**, ob. cit., párr. 241.

<sup>246</sup> Los hechos de los dos primeros casos los tomo del resumen que aparece en mi escrito *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, ob. cit., pp. 103 y 134.

<sup>247</sup> Hechos: Mediante un Decreto-Ley de 1974, expedido durante la Junta Militar de Pinochet, se había establecido un Consejo de Calificación Cinematográfica. El Reglamento de dicho decreto ley estaba contenido en un Decreto Supremo de 1975. La Constitución de Chile de 1980 reconoció el derecho a la libertad de expresión, y estableció un "sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica". En noviembre de 1988, por medio de una resolución el Consejo rechazó la exhibición de la película "*La última tentación de Cristo*", ante una petición de la United International Pictures Ltda.; resolución que al ser apelada fue confirmada por un tribunal de apelación mediante resolución de 1989. En noviembre de 1996 el Consejo revisó la decisión de la prohibición de exhibición de la película, a fin de autorizarla, solo para espectadores mayores de 18 años. Unos ciudadanos, promovieron un *recurso de protección* para la salvaguarda de los derechos fundamentales y la Corte de Apelaciones de Santiago, en enero de 1997, por sentencia judicial dejó sin efecto la segunda resolución administrativa (quedando vigente la prohibición de la exhibición de la película), y resuelto desfavorablemente un recurso de apelación contra esta decisión, la Corte Suprema de Justicia confirmó la sentencia. En conclusión, se negó definitivamente la exhibición cinematográfica con sentencia judicial amparada por la "cosa juzgada". Es de aclarar que Chile depositó el instrumento de ratificación de la CADH, el 21 de agosto de 1990, convirtiéndose en Parte estando en vigencia la Constitución. En este momento surgió el conflicto normativo de inconvencionalidad entre la norma constitucional y los decretos con la CADH.

<sup>248</sup> Sentencia de febrero 5 de 2001, párrs. 88, 90, 97 y 98.

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN considera que la incompatibilidad del artículo 19, num.12 de la Constitución de Chile de 1980, con el artículo 13 de la CADH, se presenta por su *existencia* misma<sup>249</sup>. En mi concepto, y aplicando la jurisprudencia interamericana vinculante, la norma constitucional sería inconvencional a partir de su expedición (o existencia), y en el caso que esta norma se aplique se afectaría derechos convencionales de víctimas determinadas, comprometiendo la responsabilidad internacional del Estado por violaciones a la CADH<sup>250</sup>.

En efecto, “los Estados Parte en la Convención no pueden invocar disposiciones de derecho constitucional (...) para justificar una falta de cumplimiento o de aplicación de las obligaciones contenidas en dicho tratado”<sup>251</sup>. En consecuencia, la voluntad constituyente se supedita a las obligaciones internacionales que nacen de la Convención.

Porque el Estado “está obligado por el tratado (...) tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana”<sup>252</sup>.

La misma consecuencia se extendería a las reformas constitucionales, de lo que se concluye que el poder constituyente estaría limitado por el *acervo convencional*; son los denominados por la doctrina límites heterónomos al poder constituyente de reforma.

Como se observa, se ha producido una jurisprudencia “constituyente”, quiéranlo o no los Estados. Chile cumplió con la obligación internacional de reformar su Constitución y de esta forma se potencializa la jurisprudencia de la Corte IDH.

---

<sup>249</sup> BURGORGUE-LARSEN, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos como tribunal constitucional*, ob. cit., p. 428. La autora se refiere al Caso La última tentación de Cristo contra Chile.

<sup>250</sup> Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC- 14/94, Responsabilidad internacional por la expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), párrs. 43 y 50. Aclaro que la Corte se refiere a leyes en su sentido material (párr. 31), análisis que sería aplicable a normas constitucionales afectadas de inconvencionalidad.

<sup>251</sup> Corte IDH, Caso Gelman contra Uruguay, supervisión de cumplimiento de sentencia, Resolución de la Corte de marzo 20 de 2013, párr. 64.

<sup>252</sup> Corte IDH, Caso Gelman contra Uruguay, *ibídem*, párr. 69.

Los casos contra Trinidad y Tobago y Barbados que examinaré a continuación tienen una característica en común. Todas las antiguas colonias británicas del Caribe heredaron “la pena de muerte obligatoria y otros elementos del sistema de pena de muerte en el Reino Unido”<sup>253</sup>, incorporando en sus Constituciones la “cláusula colonial de salvaguardia de la Constitución”, también conocida como “cláusula de exclusión”, según la cual “ampara las leyes en el estado en que estuviera al tiempo cuando se convirtieron en Estados independientes lo cual hacía imposible impugnar la constitucionalidad de la pena de muerte”<sup>254</sup>. Esto explica que “todas las antiguas colonias británicas tenían esta misma cláusula en sus Constituciones”<sup>255</sup>, en el momento en que los Estados se hicieron Parte en la CADH, y dicha norma constitucional estaba vigente en el momento en que ocurrieron los hechos.

El Caso<sup>256</sup> Caesar contra Trinidad y Tobago<sup>257</sup>. La sección 6 de la Constitución de 1976 contiene una “cláusula de exclusión”, según la cual “ninguna norma anterior a la entrada en vigencia de ésta, puede ser objeto de impugnación constitucional en cuanto a sus secciones 4 y 5”, por lo que la existencia misma de la Ley de Penas Corporales (pena de flagelación con el lazo el “*gato de las nueve colas*”) es violatoria de los derechos humanos reconocidos en los artículos 5.1 y 5.2 de la CADH, y la Ley de Delitos contra la Persona “es incompatible con la CADH y, por tanto cualquier disposición que determinen su inimpugnabilidad, también lo es”<sup>258</sup>, como lo sería la “cláusula constitucional de exclusión”, por lo cual la Corte le ordenó al Estado reformar la sección 6 de la Constitución.

---

<sup>253</sup> HOOD, ROGER y HOYLE, CAROLYN, *La pena de muerte. Una perspectiva mundial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 230 a 239.

<sup>254</sup> HOOD, ROGER y HOYLE, CAROLYN, *La pena de muerte. Una perspectiva mundial*, ob. cit., pp. 232 y 233.

<sup>255</sup> *Ibídem*, p. 233.

<sup>256</sup> Hechos: El 11 de noviembre de 1983 el señor Caesar fue arrestado y posteriormente condenado por el delito de tentativa de violación sexual, tipificado en la “Ley de Delitos contra la Persona de Trinidad y Tobago”, a una pena de 20 años de prisión con trabajos forzados y a recibir 15 azotes con el “gato de 9 colas”, los que efectivamente recibió (flagelación), en aplicación de la Ley de Penas Corporales. Esta ley no podía ser impugnada por motivos de inconstitucionalidad, porque una norma de la Constitución la excluía del control de constitucionalidad. El 26 de mayo de 1998 se denunció la CADH durante el trámite del proceso. El Estado no cumplió con la sentencia reformando la Constitución.

<sup>257</sup> Corte IDH, Sentencia de marzo 11 de 2005, párrs. 49.7, 40.10, 49.11, 92, 93, 94, 132 y 133.

<sup>258</sup> Corte IDH, Sentencia de marzo 11 de 2005, párr. 133.

El Caso Boyce<sup>259</sup> y otros contra Barbados<sup>260</sup>. El artículo 26 de la Constitución de Barbados de 1966 contiene una “cláusula de exclusión”, como se expresó, según la cual leyes expedidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución no podían ser objeto de control de constitucionalidad, y la ley de delitos aplicable es inconstitucional porque impide la protección de los derechos fundamentales. Es claro que la “cláusula constitucional de exclusión” era incompatible con la CADH y, por ende, inconvencional, porque impedía el ejercicio de dicho control. En efecto, una norma inconvencional no podría prolongar sus efectos tras la ratificación de la CADH.

En la sentencia la Corte IDH le ordenó al Estado “eliminar el efecto del artículo 26 respecto a la inimpugnabilidad de las leyes existentes”, lo cual el Estado demoró en cumplir. Posteriormente la Corte de Justicia del Caribe, en otro caso “eliminó el efecto del artículo 26 de la Constitución”.

La Corte IDH mediante Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia de 9 de marzo de 2020 decidió que el Estado dio total cumplimiento, por cuanto la Constitución y la legislación de Barbados “cumplen con la Convención” y archivó el caso Boyce.

---

<sup>259</sup> Hechos: Lennox Ricardo Boyce y otros tres individuos fueron condenados a pena de muerte (de naturaleza obligatoria) por el delito de homicidio, según la ley de delitos contra las personas de 1994, que regulaba la pena de muerte. El artículo 26 de la Constitución de 1966 contiene una “cláusula de exclusión”, según la cual leyes expedidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución no podían ser sometidas a revisión de inconstitucionalidad; una de dichas leyes es aquella ley de delitos que se aplicó a las presuntas víctimas, aclarando que no fueron privadas de sus vidas, por cuanto el Estado cumplió con las *medias provisionales* que la Corte Interamericana decretó preservando sus vidas y su integridad física. El Estado alegó que dichas leyes jamás pueden violar un derecho constitucional, ya que todas las “leyes existentes” (se refiere a las expedidas antes de la Constitución) son constitucionales *ipso facto*. En efecto, el Comité Judicial del Consejo Privado (después Corte de Justicia del Caribe) concluyó que existía una clara política constitucional, según la cual una ley existente no sería contraria a los artículos 12 al 23 de la Constitución que consagra los derechos fundamentales; por estas razones la ley no tiene control de constitucionalidad. El Estado le conmutó la pena de muerte por cadena perpetua a los condenados. Posteriormente, la CJC en otro caso interpretó la cláusula de exclusión del artículo 26 de manera que “ya no produce efectos” y declaró la inconstitucionalidad del artículo 2 de la ley de delitos, cumpliendo así el Estado con la sentencia de la Corte IDH. El Estado es Parte en la CADH desde el 27 de noviembre de 1982.

<sup>260</sup> Corte IDH, Sentencia de noviembre 20 de 2007, párrs. 78, 127 a 129.

El Caso<sup>261</sup> Dacosta Cadogan contra Barbados<sup>262</sup>. En similar forma que en el caso anterior, la Constitución es inconvencional porque es incompatible con la CADH por la vigencia y aplicación de la “cláusula constitucional de exclusión”, pero en la actualidad se “eliminó el efecto” del artículo 26, como se explicó en el caso Boyce.

La Corte IDH mediante Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia de 11 de marzo de 2020 decidió “que el Estado ha dado cumplimiento parcial (...)”<sup>263</sup> porque adecuó el artículo 26 de la Constitución a la CADH.

“La resistencia de estos países al movimiento abolicionista se hizo especialmente clara cuando [junto a diez Estados] votaron en contra de la Resolución de una moratoria de Naciones Unidas en diciembre de 2012 y 2016”<sup>264</sup>, años después de haber dictado sentencia la Corte IDH en los casos mencionados.

En mi concepto, en estos casos no sería aplicable la interpretación *secundum conventionem* (la CADH) cuando la incompatibilidad normativa sustancial es manifiesta. La única solución sería aplicar el control de convencionalidad de las Constituciones.

---

<sup>261</sup> Hechos: La Corte Suprema de Barbados declaró al señor Tyrone Dacosta Cadogan culpable de homicidio, y lo condenó a pena de muerte por horca, aplicando la ley de delitos contra la persona de 1994. En este caso, la Corte IDH realizó el examen de confrontación normativa entre la sección 2 de la Ley de Delitos Contra la Persona y el artículo 26 de la Constitución frente a la CADH, atendiendo a que en otra oportunidad –Caso Boyce– ya se había declarado la responsabilidad del Estado por la aplicación de la norma constitucional y la citada ley de delitos. Como se explicó, en el caso Boyce el Estado cumplió la sentencia condenatoria “eliminando el efecto del artículo 26 de la Constitución de Barbados”.

<sup>262</sup> Corte IDH, Sentencia de septiembre 24 de 2009, párrs. 71 y 104.

<sup>263</sup> “Quedando pendiente una audiencia para la determinación judicial de la pena en su caso, todo ello a la luz del nuevo marco legislativo”, pena que no será de muerte para Dacosta Cadogan.

<sup>264</sup> HOOD, ROGER y HOYLE, CAROLYN, *La pena de muerte. Una perspectiva mundial*, ob. cit., p. 239.

El Caso<sup>265</sup> de Personas dominicanas y haitianas expulsadas contra República Dominicana<sup>266</sup>. La Constitución en el artículo 18 numeral 3<sup>267</sup> reguló la nacionalidad con manifiesta incompatibilidad con el artículo 20 numeral 2<sup>268</sup> de la CADH. La Corte IDH reitera su jurisprudencia en el entendido de que “el estatus migratorio de una persona no se transmite a sus hijos”. En otras palabras, las hijas e hijos nacidos en territorio dominicano de padres de origen haitiano, que residían ilegalmente en dicho territorio, tienen derecho a la nacionalidad dominicana, porque no se les transmite a ellos el estatus migratorio ilegal de sus padres.

Como consecuencia de la inconveniencia de la norma constitucional aplicada, la Corte IDH en la parte resolutive de la sentencia le impuso el deber internacional al Estado: “(...) de adoptar las medidas necesarias para dejar sin efecto toda norma de cualquier naturaleza, sea ésta constitucional, legal (...)”<sup>269</sup>.

A la fecha República Dominicana no ha dado cumplimiento a la sentencia adecuando la Constitución a la CADH, por la renuencia jurisprudencial del Tribunal Constitucional (Sentencia TC-256 de 2014).

Como se expresó en los cinco casos mencionados, la Corte mediante sentencia le ordenó a los Estados reformar la Constitución. A la fecha Chile reformó la Constitución cumpliendo con las obligaciones que surgieron de la sentencia. En sus dos casos Barbados dispuso que el artículo 26 de la Constitución “ya no produce efectos”. Estos son los casos de Constituciones inconvenientes porque contravienen la *primacía* del acervo convencional.

---

<sup>265</sup> Hechos: se trata de la detención arbitraria y expulsión sumaria del territorio de la República Dominicana de personas haitianas y dominicanas de ascendencia haitianas nacidas en territorio dominicano. El artículo 18.3 de la Constitución de 2010 respecto de la adquisición de la nacionalidad dominicana por *ius soli* que prescribe que no serán dominicanos las personas nacidas en territorio nacional hijas e hijos de extranjeros “que se hallen en tránsito o residan ilegalmente en territorio dominicano”. El Tribunal Constitucional mediante Sentencia TC-256 de 4 de noviembre de 2014 declaró inconstitucional el Instrumento de aceptación de la competencia de la Corte IDH invocando como argumentación disposiciones del Derecho constitucional dominicano; sentencia dictada unas semanas después de la sentencia de la Corte IDH. En Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia (de marzo 12 de 2019), la Corte consideró que la citada Sentencia TC- 256 “no genera efectos jurídicos en el Derecho internacional”, párr. 74.

<sup>266</sup> Corte IDH, Sentencia de agosto 28 de 2014, párrs. 308, 311, 314, 325, 328, 470 y 471, parte resolutive de la sentencia numerales 10, 18 y 19.

<sup>267</sup> “Son dominicanas y dominicanos: las personas nacidas en territorio nacional, con excepción de las hijas e hijos de extranjeros (...) que (...) residen ilegalmente en el territorio dominicano”.

<sup>268</sup> “Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació sino tiene derecho a otra”.

<sup>269</sup> Corte IDH, Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas, ob. cit., párr. 464.

“Ello forzaría a los jueces nacionales y, en especial a los Tribunales constitucionales a tomar en serio la *primacía* del derecho internacional [de los derechos humanos]. Tal vez ello sea indicio de que los tiempos de la autosuficiencia de la Constitución estén pasando”<sup>270</sup>, quizás quiso decir el autor español autosuficiencia de la supremacía de la Constitución, es decir, que por encima de la Constitución no existen normas a las que estén sometidas las normas constitucionales, pero la jurisprudencia interamericana “constituyente” y la práctica de Chile y Barbados demuestran lo contrario.

## **9.2. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES. LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA<sup>271</sup>**

Recordemos que mediante el A.L. 01 de 2012 (el Marco Jurídico para la Paz)<sup>272</sup>, se reformó transitoriamente la Constitución de 1991 y se creó el mecanismo procesal constitucional de la *renuncia condicionada a la persecución judicial penal* para agentes del Estado de todos los casos no seleccionados, cuyos hechos podrían tipificarse como crímenes internacionales con estatus de *ius cogens*. Esta reforma es manifiestamente incompatible con los derechos a las garantías judiciales (artículo 8) y a la protección judicial (artículo 25), en relación con el artículo 1.1 de la CADH, y por tanto “se viola el derecho al debido proceso y, por ende, el del acceso a la justicia; y se considera que eso supone el incumplimiento del deber de investigar”<sup>273</sup>, juzgar y, en su caso, sancionar a todos los responsables, sin tener en cuenta su “rango jerárquico”.

La citada reforma constitucional transitoria además estableció que, en el marco de la justicia transicional, se centrarán “los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación

---

<sup>270</sup> DíEZ-PICAZO. Ob. cit., pp. 26 y 30.

<sup>271</sup> Para la resolución de casos (cuyos hechos sucedieron en el marco del conflicto armado interno colombiano), se constitucionalizaron mecanismos procesales de priorización y selección de casos y beneficios penales de amnistías e indultos para la guerrilla de las FARC-EP, y para los agentes del Estado la *renuncia a la persecución penal* similar a la “ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado uruguayo” como la ha denominado CHRISTINA BINDER, ob. cit., p. 9.

<sup>272</sup> Modificado por el artículo 3 del A.L. 01 de 2017.

<sup>273</sup> Corte IDH, Caso de los 19 Comerciantes contra Colombia, Sentencia de julio 5 de 2004, párrs. 165, 167, 173, 174, 188-191, 204, cita de GARRO VARGAS, ANAMARI, *El derecho a la protección judicial. Análisis jurisprudencial del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Editorial Tirant lo Blanch, México, IIDH, 2016, p. 144.



crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática [...]y autorizar la *renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados* ; a *contrario sensu*, los autores que se califiquen como los “no máximos responsables” de crímenes internacionales de *ius cogens*, los casos podrían no ser objeto de selección para ser investigados, y por consiguiente, concedérseles como beneficio la *renuncia condicionada a la persecución judicial penal* con sus efectos legales de la extinción de la acción y la sanción penal, en perjuicio de las víctimas.

Por otra parte, la Corte IDH en el caso de la Masacre de La Rochela contra Colombia ha sido enfática al: “resalta[r] que la satisfacción de la dimensión colectiva del derecho a la verdad exige la determinación procesal de la más completa verdad posible, lo cual incluye la determinación judicial de los patrones de actuación conjunta y **de todas las personas** que de diversa forma participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades”<sup>274</sup>.

Mientras la Corte IDH señala de manera imperativa que todos los responsables de graves violaciones de derechos humanos deben investigarse para saber la verdad, la reforma constitucional transitoria indica, repito, que solo se deben investigar a los máximos responsables, es decir que los que sean calificados como “no máximos responsables” no serían investigados, ni juzgados ni sancionados, por ejemplo, guerrilleros y militares “de bajo rango”, los primeros beneficiarios de amnistía e indulto y los segundos de la citada renuncia a la persecución penal.

Normativa constitucional transitoria cuya incompatibilidad argumento y la inconventionalidad la demostraré en el último capítulo.

---

<sup>274</sup> Corte IDH, Caso de la Masacre de La Rochela contra Colombia, Sentencia de mayo 11 de 2007, párr. 195. El derecho a la verdad nace en la jurisprudencia de la Corte en casos de desaparición forzada de personas, entre otros, **Caso Castillo Páez contra el Perú**, Sentencia de noviembre 3 de 1997.

### 9.3. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LAS LEYES

Seleccioné el emblemático Caso<sup>275</sup> “Barrios Altos” contra Perú, por haber sido el primero en que la Corte calificó las leyes de amnistía como “auto amnistía” y dispuso que una ley de “auto amnistía” carencia de efectos jurídicos por ser *manifiestamente incompatible* con la CADH.

Como lo expresé en el primer capítulo con la sentencia de marzo 14 de 2001 la Corte comenzó a forjar una jurisprudencia *constante* construyendo un régimen especial de los crímenes internacionales<sup>276</sup> que constituyen violaciones **graves** de los derechos humanos<sup>277</sup>, como la tortura, ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y desapariciones forzadas y consideró que son inadmisibles las disposiciones de amnistía y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables<sup>278</sup>, en mi concepto, responsables de crímenes internacionales de *ius cogens*.

Las leyes de “auto amnistía” impiden a las víctimas y a sus familiares el acceso a la *justicia* y a un debido proceso para conocer la *verdad* y obtener la *reparación*

---

<sup>275</sup> Hechos en el marco del conflicto armado interno en Perú: El 3 de noviembre seis individuos, miembros del ejército que actuaban en el llamado “Grupo Colina”, irrumpieron en un inmueble y mataron a 15 personas. Mientras los jueces penales investigaban el caso, el Congreso peruano el 14 de junio de 1995 sorpresivamente expidió la Ley N° 26.479 de amnistía para los militares, policías, y también a civiles, que hubieran cometido, entre 1980 y 1995, violaciones a los derechos humanos, ya sea que estuvieran denunciados, investigados, procesados, encausados o condenados por delito común en el fuero común o en el militar. En el artículo 4 se dispuso la inmediata libertad de todos los que estuvieran privados de su libertad. El artículo 6 dispuso el archivo definitivo de todos los procesos judiciales, y la prohibición de reiniciar nueva investigación. La juez penal Antonia Saquicuray que conocía del caso decidió inaplicar la primera ley por ser incompatible con la Constitución y la CADH, y por ende continuar con el curso del proceso. Mientras se tramitaba un recurso de apelación contra esta decisión judicial, el Congreso, el 28 de junio de 1995, dictó una segunda ley, la N° 26.492 que interpretó el artículo 1º de la Ley N° 26.479 en el sentido de que la amnistía general era de aplicación obligatoria por los jueces, lo que implicaba el archivo definitivo de todos los expedientes. En segunda instancia se decidió revocar la decisión impugnada, aplicando la segunda ley y, en consecuencia, garantizó la impunidad de los autores de los crímenes internacionales.

<sup>276</sup> Véase MACULÁN ELENA, *Los crímenes internacionales en la jurisprudencia latinoamericana*, ob. cit., pp. 71 y ss.

<sup>277</sup> En casos anteriores el Tribunal calificaba los hechos simplemente como violaciones a derechos humanos.

<sup>278</sup> “41. Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de **excluyentes de responsabilidad** que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las *violaciones graves* de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir **derechos inderogables** reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (lo resaltado fuera del texto).

*integral* de los daños, por lo cual dichas leyes propician la absoluta indefensión de las víctimas<sup>279</sup>.

La Corte estableció que las leyes de auto amnistía son *manifiestamente incompatibles* con la CADH y, consecuencialmente, *carecen de efectos jurídicos*<sup>280</sup>, y así lo declaró en la parte resolutive de la sentencia.

Destaco el voto concurrente del Juez Titular Antonio Cançado Trindade argumentando con profunda claridad las características y alcances jurídicos de las llamadas leyes de auto amnistías<sup>281</sup>, porque “no satisfacen los requisitos de leyes” en el ámbito del DIDH, dado que no revisten el “*carácter general*” ni están “*ceñidas al bien común*”<sup>282</sup>, y “en nada contribuyen al bien común” por qué “son medidas de excepción”<sup>283</sup>; “dichas leyes afectan derechos inderogables –el *minimum* universalmente reconocido– que recaen en el ámbito del *jus cogens*”<sup>284</sup>; de estas normas del *ius cogens* se derivan obligaciones *erga omnes* de garantizar a las víctimas el acceso a la justicia.

Con fundamento en la jurisprudencia de la Corte IDH y el voto del Juez Cançado Trindade argumento que el mecanismo procesal constitucional de la *renuncia condicionada a la persecución judicial penal para agentes del Estado* para todos los casos que no se seleccionen definida en la legislación colombiana<sup>285</sup>,

---

<sup>279</sup> Cfr., 43. [...] Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la CADH. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la **justicia** e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la **verdad** y recibir la **reparación** correspondiente” (resaltado fuera del texto).

<sup>280</sup> Cfr., 44. Como consecuencia de la *manifiesta incompatibilidad* entre las leyes de autoamnistía y la CADH, las mencionadas *leyes* y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables.

<sup>281</sup> Cfr. Son, en suma, una afrenta inadmisibile al derecho a la verdad y al derecho a la justicia. El DIDH, pone de relieve que no todo lo que es legal en el ordenamiento jurídico interno lo es en el ordenamiento jurídico internacional.

<sup>282</sup> Cfr. 7. Esta misma Corte observó, “en una OC de 1986, que la palabra «leyes» en los términos del artículo 30 de la CADH significa norma jurídica de *carácter general, ceñida al bien común* ¿Quién se atrevería a insinuar que una «ley» de auto amnistía satisface a todos estos requisitos? No veo cómo negar que «leyes» de este tipo carecen de carácter general, por cuanto son medidas de excepción; impiden el conocimiento de la verdad (por más penosa que sea ésta) y obstaculizan el propio acceso a la justicia por parte de los victimados”.

<sup>283</sup> Véase voto concurrente del Juez Titular Antonio Cançado Trindade, párr. 7

<sup>284</sup> Véase voto concurrente del Juez Titular Antonio Cançado Trindade, párr. 10.

<sup>285</sup> Los artículos 46 de la Ley 1820 de 2016 de amnistía e indulto y 45 de la Ley 1957 de 2019 Estatutaria de la JEP y desarrollada procesalmente en el artículo 49 de la Ley 1922 de 2018 sobre reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz.

equivale a una “auto amnistía”, porque dichas leyes no están revestidas del “*carácter general*” que acompaña a las leyes ni está “*ceñido al bien común*”, y “en nada contribuyen al bien común”, ya que solo benefician con la impunidad a los agentes del Estado, excluyendo a las víctimas del acceso a la justicia e impiden que el Estado cumpla con el irrenunciable deber internacional de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a todos los agentes como responsables de crímenes internacionales con estatus de *ius cogens*.

En conclusión, dichos apartes de las citadas Leyes 1820, 1957 y 1922 son *manifiestamente incompatibles* con la primacía del acervo convencional ( CADH y jurisprudencia de la Corte IDH) y, consecuentemente, *carecen de efectos jurídicos*; razones suficientes para que la JEP ejerza el control de convencionalidad<sup>286</sup> e inaplique las precitadas normas legales e investigue, juzgue y, en su caso, sancione a todos los agentes del Estado que se califiquen como los “no máximos responsables” de crímenes internacionales de *ius cogens*.

#### **9.4. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y PRÁCTICAS**

En el Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas contra República Dominicana, además la Corte IDH consideró lo siguiente: “(...) El Estado debe adoptar las medidas necesarias para dejar sin efecto toda norma de cualquier naturaleza, sea ésta (...) reglamentaria o administrativa, así como toda práctica (...)”<sup>287</sup>. En la parte resolutive de la sentencia la Corte IDH le ordenó al Estado dejar sin efecto los actos administrativos y las prácticas relacionados con la nacionalización de extranjeros y *estatus* migratorio.

Un ejemplo sería el de las prácticas administrativas recurrentes de las autoridades administrativas en la ejecución de las detenciones preventivas que, por la forma en

---

<sup>286</sup> Control que la Corte Constitucional colombiana eludió aplicar por ejercer el “juicio de sustitución de la Constitución” aplicando el método de la ponderación, produciendo una jurisprudencia constitucional inconvencional, como adelante lo demostraré.

<sup>287</sup> Corte IDH, Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas, ob. cit., párr. 464.

que se realizan, son incompatibles con el derecho a la libertad personal (art. 7 CADH)<sup>288</sup>.

La Jurisdicción Especial para la Paz colombiana expidió el Protocolo N° 001 de 2018 (un acto administrativo); regulador de la citada renuncia a la persecución penal, el cual es manifiestamente incompatible con el principio de legalidad y de retroactividad (art. 9 CADH), que argumentaré en el capítulo 4.

## 9.5. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LA JURISPRUDENCIA

El control de convencionalidad se podrá ejercitar para “confrontar la jurisprudencia misma de los jueces domésticos con la jurisprudencia [interamericana]<sup>289</sup>.

En el **caso Castañeda Gutman contra México**<sup>290</sup> la jurisprudencia constitucional de la Suprema Corte de Justicia de México resultó ser incompatible con la jurisprudencia de la Corte IDH<sup>291</sup>. La Corte en el **caso Colindres Schonenberg contra El Salvador** consideró incompatibles con la CADH la aplicación de unos criterios generales establecidos por la Sala de lo Constitucional para la destitución de magistrados del Tribunal por razones no establecidas por el legislador<sup>292</sup>.

---

<sup>288</sup> Corte Suprema de Justicia de Mendoza, Sala Segunda, Sentencia de diciembre 23 de 2015, asunto del Hábeas corpus correctivo y colectivo (Penitenciaría de Mendoza), citado por RAMELLI ARTEAGA, ob. cit., p. 129.

<sup>289</sup> RAMELLI ARTEAGA, *Diálogos entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces constitucionales latinoamericanos*, ob. cit., p. 78.

<sup>290</sup> Corte IDH, **caso Castañeda Gutman contra México**, Sentencia de agosto 6 de 2008, párrs. 103, 162, 149 y 174.

<sup>291</sup> Porque mediante una interpretación constitucional de dicha Corte mexicana se impidió a los particulares que tuvieran mecanismos de defensa frente al legislador para la defensa de sus derechos fundamentales de participación democrática, mientras que la jurisprudencia convencional reiteradamente ha sostenido que el Estado debe garantizar a toda persona el derecho a la Protección Judicial (art. 25 de la CADH), permitiendo a los ciudadanos de forma efectiva el cuestionamiento de la constitucionalidad de la regulación legal del derecho a ser elegido (el control de constitucionalidad difuso de las leyes), lo cual no se garantizó a Castañeda Gutman, porque dicha jurisprudencia constitucional era obligatoria, cfr. FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO y SILVA GARCÍA FERNANDO, “El control de convencionalidad de la jurisprudencia constitucional”, en la obra colectiva *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho constitucional*, T. II, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009, pp. 598, 612, 616, 620 y 621.

<sup>292</sup> Corte, IDH, **caso Colindres Schonenberg contra El Salvador**, Sentencia de febrero 4 de 2019, párrs. 96 a 98.

Al respecto, FERRER MAC-GREGOR, afirma que: “las resoluciones de los Tribunales regionales de derechos humanos cuentan con una autoridad interpretativa frente a los tribunales constitucionales, derivada de la lógica del control jurisdiccional externo del Estado en ese ámbito. Desde esa perspectiva, existe una superioridad lógica de la jurisprudencia convencional sobre la jurisprudencia constitucional” <sup>293</sup>.

La Corte de Constitucionalidad de Guatemala realizó control de constitucionalidad de la ley en dos casos de violaciones a los derechos humanos, declarando constitucional la respectiva ley; posteriormente la Corte IDH activó el control de convencionalidad de la misma ley para declararla inconvencional y ordenó su reforma<sup>294</sup>. Del examen de las dos sentencias se desprende que el Tribunal interamericano confrontó la jurisprudencia constitucional con la jurisprudencia interamericana, implicando un control jurisprudencial; por ende, aquella jurisprudencia debe adecuarse a ésta. Lo mismo se resaltó en el citado caso Petro Urrego (párr. 117).

En el **Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas contra República Dominicana** la Corte IDH consideró que el Tribunal Constitucional, en Sentencia TC/0168/13, “interpretó el derecho constitucional dominicano previo a la reforma constitucional de 2010 entendiendo que tal orden jurídico se entiende para [l]os extranjeros que [...] se encuentren en situación migratoria irregular [...] no podrán invocar que sus hijos nacidos en el país tienen derecho a obtener la nacionalidad dominicana [...] en virtud de que resulta jurídicamente inadmisibles fundar el nacimiento de un derecho a partir de una situación ilícita de hecho”.

El Tribunal Interamericano en la parte resolutive de la sentencia le ordenó al Estado: “18. (...) adoptar las medidas de derecho interno necesarias para evitar que la Sentencia TC/0168/13 continúe produciendo efectos jurídicos”.

---

<sup>293</sup> FERRER MAC-GREGOR y SILVA GARCÍA, El control de convencionalidad de la jurisprudencia constitucional, ob. cit., pp. 598, 612, 616, 620 y 621.

<sup>294</sup> **Corte IDH. Caso Fermín Ramírez contra Guatemala.** Sentencia de junio 20 de 2005, núm. 8° de la parte resolutive de la sentencia. **Caso Raxcacó Reyes contra Guatemala.** Sentencia de septiembre 15 de 2005, párr. 132.

Este es un ejemplo de incompatibilidad de la jurisprudencia constitucional frente a la jurisprudencia de la Corte IDH, por lo que la Corte dominicana debe adecuar su jurisprudencia a la jurisprudencia interamericana, mediante el control de convencionalidad jurisprudencial.

Obsérvese que las cinco sentencias dictadas, en ejercicio del control de convencionalidad de Constituciones, fueron contra Estados Partes en la CADH, haciendo tránsito a *cosa juzgada absoluta* para dichos Estados. Ahora bien, la jurisprudencia impartida es obligatoria para todos los demás Estados Parte en la CADH como *cosa interpretada*<sup>295</sup>.

Por el momento no son más los casos de la Corte IDH por examinar en relación con el control de convencionalidad.

En tratándose de la constitucionalidad de la justicia transicional colombiana la Corte Constitucional declaró constitucionales las citadas reformas constitucionales transitorias con sentencias que, como se explicó, desconocieron la jurisprudencia de la Corte IDH, omitiendo con ello la aplicación del control de convencionalidad de las referidas normas constitucionales. En efecto, el Tribunal constitucional ha sido enfático en argumentar que “(...) el análisis de constitucionalidad de las disposiciones legales, requiere una confrontación directa de las normas en cuestión con el texto de la Carta Política, y no con ningún otro”<sup>296</sup>; que “en caso de incompatibilidad entre una norma internacional y una norma constitucional deben preferirse las constitucionales”<sup>297</sup>. El juicio de sustitución de la Constitución “no tiene por objeto constatar una contradicción entre normas”<sup>298</sup>. En conclusión, el Tribunal constitucional “no es juez de convencionalidad”<sup>299</sup>.

---

<sup>295</sup> GARCÍA ROCA y QUERALT JIMÉNEZ, *Buenas prácticas en el cumplimiento de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, ob. cit., p. 707.

<sup>296</sup> La Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia C-941 de 2010 cita la Sentencia C-1189 de 2000, que a su vez remite a la Sentencia C-400 de 1998. Dicha jurisprudencia ha sido reiterada en la Sentencia C-269 de 2014.

<sup>297</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-269 de 2014 y C-400 de 1998.

<sup>298</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-141 de 2010.

<sup>299</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-941 de 2010.

La primacía del acervo jurisprudencial interamericano me permitirá demostrar en el siguiente y último capítulo que la renuncia a la persecución penal para los agentes del Estado, rechazada por el pueblo colombiano en un plebiscito<sup>300</sup>, además de no gozar de legitimidad es inconveniente por propiciar la impunidad.

---

<sup>300</sup> El 2 de octubre de 2016 el pueblo en las urnas le dijo “No” al Acuerdo Final para la Paz, que incorporó además de las amnistías e indulto para la guerrilla de las FARC, la renuncia a la persecución penal para agentes del Estado, aspecto que explicaré en el cuarto capítulo.



## CAPÍTULO IV

### INCONVENCIONALIDAD DE LA RENUNCIA CONDICIONADA A LA PERSECUCIÓN JUDICIAL PENAL PARA AGENTES DEL ESTADO

*“Cualquier persona que cometa actos que constituyan un crimen bajo las leyes internacionales será responsable y por consiguiente sujeto a castigo”<sup>1</sup>.*

En el presente capítulo examinaré el punto 5, “*Víctimas*”, del Acuerdo Final para la Paz, en el cual se crea la justicia transicional, su organización y competencias, y la implementación constitucional y legal estatutaria de la JEP, con sus órganos judiciales y sus respectivas *competencias* para aplicar los criterios de priorización y selección de casos, y conceder *la renuncia condicionada a la persecución judicial penal* para agentes del Estado de todos los casos que no se seleccionen.

Para tales efectos también se analizará: el marco legal de los *procedimientos* a seguir para conceder la citada *renuncia*, y el análisis crítico a la jurisprudencia constitucional que declaró exequible la norma constitucional de la *renuncia* respecto de los autores que “no sean calificados como máximos responsables” de los crímenes de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra, pese haber participado en la comisión de dichos crímenes con estatus de *ius cogens*. Lo anterior me permitirá concluir que la mencionada normativa y la jurisprudencia constitucional son incompatibles con la primacía del acervo convencional y con el Estatuto de Roma y, por ende, inconvenientes, además de ser parcialmente contrario al Acuerdo Final, según el asesor jurídico de las FARC como adelante demostraré<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Principio I, *Principios de Núremberg*, aprobados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en 1950.

<sup>2</sup> SANTIAGO ROMERO, ENRIQUE, “La JEP: instrumento de paz, justicia y verdad. Cambios unilaterales y arbitrarios, enemigos y perspectivas”, en la obra colectiva *El Acuerdo de Paz en Colombia, entre la perfidia y la potencia transformadora* (JAIRO ESTRADA ÁLVAREZ, coordinador), Ediciones Impresol, 2019, pp. 163, 183, 187 y 189.

## 1. MARCO JURÍDICO PARA LA PAZ<sup>3</sup>

En el marco del Derecho Internacional Humanitario, y en el escenario del conflicto armado interno a inicios del año 2012, comenzaron unos diálogos secretos entre las FARC-EP y el gobierno colombiano, con el objeto de adoptar un Acuerdo de Paz del cual nace, entre otros, una *justicia transicional* que se incorporaría transitoriamente a la Constitución de 1991, comenzando así un proceso transicional pre-constituyente<sup>4</sup> con características *sui generis*.

“Recuérdese la aprobación en el Congreso de la República -antes de iniciarse las conversaciones de Paz- de la reforma constitucional que introdujo el denominado *Marco Jurídico para la Paz*<sup>5</sup>, el Acto Legislativo 01 de julio 31 de 2012”<sup>6</sup> que incorpora los artículos transitorios 66 y 67 a la Constitución creando la justicia transicional<sup>7</sup>. Posteriormente, el artículo 3° del Acto Legislativo 01 de abril 4 de 2017<sup>8</sup> modificó el inciso 4 del artículo 66, y el artículo 67 fue derogado expresamente por el artículo 2° de esta reforma constitucional.

Una forma “de otorgar una legitimidad más sólida al proceso de paz, creando la base jurídica para las medidas y reformas previstas en el Acuerdo entre el Gobierno y las FARC-EP”<sup>9</sup>, y “paralelamente se inician importantes reformas legales para facilitar el proceso”<sup>10</sup>.

---

<sup>3</sup> Entre otros mecanismos incluía la renuncia a la acción penal respecto a los que no fueran considerados como *máximos responsables*. Cfr. SANTIAGO ROMERO, *ibídem*, ob. cit., p. 163.

<sup>4</sup> La expresión pre-constituyente es de la autoría de NÉSTOR PEDRO SAGÜES, *Teoría de la Constitución*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001, pp. 318 y 330.

<sup>5</sup> VACAS FERNÁNDEZ, *El conflicto de Colombia y los Acuerdos de Paz en perspectiva internacional, evolución, procesos de paz y derechos de las víctimas a la luz del Derecho y las relaciones internacionales*, ob. cit., p. 163.

<sup>6</sup> “Por el cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política, y se dictan otras disposiciones”.

<sup>7</sup> Se establecieron los mecanismos procesales constitucionales de selección y priorización, y la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados, tema central de la tesis doctoral.

<sup>8</sup> “Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y verdadera y se dictan otras disposiciones”.

<sup>9</sup> MACULAN, “El proceso transicional colombiano en perspectiva comparada”, en la obra colectiva *Colombia como nuevo modelo para la justicia de transición*, ob. cit., p. 62.

<sup>10</sup> GIL GIL, “El tratamiento jurídico de los conflictos cometidos en el conflicto armado colombiano. La problemática jurídica en el marco de la dicotomía paz-justicia”, ob. cit., p. 23.

En otros *lugares constitucionales*<sup>11</sup> –Oslo (Noruega) y La Habana (Cuba)– se iniciaría la fase de las negociaciones políticas en el marco de un proceso transicional pre-constituyente y que culminaría con reformas constitucionales. El citado proceso transicional se desarrolla en medio de las hostilidades en dos momentos<sup>12</sup>, a saber:

El primer momento está sub-dividido en dos partes: a) La suscripción del *Acuerdo General para la terminación del conflicto y la construcción de una Paz Estable y Duradera*, el 26 de agosto de 2012, La Habana (Cuba), y b) La suscripción del *Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una Paz Estable y Duradera*, que culmina el 24 de agosto de 2016.<sup>13</sup>

Estos dos Acuerdos políticos extra-Parlamentarios se impusieron al poder constituyente secundario (el Congreso de la República), donde se desarrolló el proceso de las fases de implementación del Acuerdo Final.

Ahora hago una breve exposición descriptiva de los hitos históricos que marcaron las diferentes fases del proceso, así.

## **2. LAS NEGOCIACIONES POLÍTICAS PARA LA TERMINACIÓN DEL CONFLICTO Y LA CONSTRUCCIÓN DE UNA PAZ ESTABLE Y DURADERA<sup>14</sup>**

Delegados del Gobierno y delegados de las FARC-EP, con la decisión mutua de poner fin al conflicto armado nacional y como fruto del Encuentro Exploratorio celebrado entre el 23 de febrero y el 26 agosto de 2012, firmaron este día el citado *Acuerdo General*<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> A propósito del *pluralismo constitucional* propone la denominación *lugares constitucionales* el autor español RAFAEL BUSTOS GISBERT, en *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, Porrúa, México, 2012, pp. 25, 29, 33 y 34.

<sup>12</sup> Una parte de la historia del proceso de paz la retomo de mi artículo titulado “En defensa del Acuerdo Final para la Paz. Justicia Transicional y la amnistía y la regeneración constitucional de la democracia representativa. Proceso constituyente fragmentado. Un nuevo pacto o contrato social para la paz”, en la obra colectiva *El Acuerdo de Paz entre el gobierno de Colombia y las FARC* (Dirección CARLOS FERNÁNDEZ LIESA y ERNESTO REY CANTOR), Editorial Doctrina y Ley, Bogotá, 2017, pp. 71-102. Dicho artículo se actualiza.

<sup>13</sup> El Acuerdo General “marcaba el contenido, objetivos y fases del proceso de negociación política”. Cfr., VACAS FERNÁNDEZ, ob. cit., pp. 85 y 120.

<sup>14</sup> Cfr., REY CANTOR, ob. cit., p. 73.

<sup>15</sup> El Acuerdo contenía una Agenda con seis puntos en seis páginas.

En una alocución del presidente el 27 de agosto de 2012, se anunciaron las conversaciones exploratorias con los rebeldes de las FARC-EP, expresando:

”Las conversaciones exploratorias, se llevaron a cabo durante seis meses en La Habana con el acompañamiento de Cuba y Noruega después de año y medio de trabajo preparatorio. En ellas se acordaron el propósito, la agenda y las reglas de juego de un proceso que debe ser serio, digno, realista y eficaz”<sup>16</sup>.

En desarrollo de la Agenda aprobada en el Acuerdo General en mención, el 18 de octubre de 2012, en Oslo, en medio de las hostilidades se instaló la Mesa de Conversaciones para luego continuar con los diálogos en La Habana en el mes de noviembre, comenzando así el proceso pre-constituyente de paz con voluntad constituyente de reformar la Constitución.

Después de cuatro largos años se concluye el proceso pre-constituyente con el citado *Acuerdo Final*<sup>17</sup>, “basado no en la derrota militar sino en el diálogo”<sup>18</sup>, con lo cual se evidencia que “la institución de la reforma constitucional debe ser contemplada desde una perspectiva diferente a la tradicional”<sup>19</sup>, lo que indica una realidad constitucional diferente a cualquier proceso de paz en el mundo.

## 2.1. ACUERDO GENERAL

Como se enunció en el citado *Acuerdo General*<sup>20</sup>, se convino una Agenda con cinco puntos sustantivos y un punto procedimental<sup>21</sup>.

---

<sup>16</sup> Presidencia de la República, 2012. Disponible en: [http://wsp.presidencia.gov.co/Prensa/2012/Septiembre/Paginas/20120904\\_01.aspx](http://wsp.presidencia.gov.co/Prensa/2012/Septiembre/Paginas/20120904_01.aspx)

<sup>17</sup> Se prepermitieron los procedimientos de reforma constitucional previstos en el Título XIII de la Constitución de 1991, es por ello que me refiero a un proceso transicional pre-constituyente.

<sup>18</sup> MACULAN, ob. cit., p. 58.

<sup>19</sup> BALAQUER CALLEJÓN FRANCISCO, “Regeneración democrática y reforma constitucional”, en la obra colectiva *Poderes públicos y privados ante la regeneración constitucional democrática* (TUR AUSINA ROSARIO, CALABUIG PUIG, MARÍA AMPARO y otros), Editorial Dykinson, Madrid, 2016, pp. 63 y ss.

<sup>20</sup> La firma del Acuerdo General se realizó ante testigos nacionales y delegados de la República de Cuba y el Reino de Noruega, entre otros. Publicado en la Gaceta del Congreso N° 706 de septiembre 15 de 2015.

<sup>21</sup> Desarrollo agrario integral, participación política, solución al problema de las drogas ilícitas, víctimas, fin del conflicto, y el punto procedimental es la implementación, verificación y refrendación Cfr. REY CANTOR, ob. cit., pp. 73 y 74.

Según lo pactado por las Partes en el conflicto el AG se convertiría en el AF, siendo la paz el valor supremo<sup>22</sup>, y en mi concepto lo será la justicia.

¿Cómo se define un Acuerdo de Paz? Muchas definiciones existen al respecto, que no es el momento de examinarlas. La Corte Constitucional precisó: “(...) de manera general, los acuerdos de paz pueden definirse como pactos orientados a poner fin a un conflicto armado”<sup>23</sup>.

En Cartagena, el 26 de septiembre de 2016, se firmó el citado *Acuerdo Final* por el presidente y Rodrigo Londoño en representación de las FARC-EP, en presencia del SG de la ONU y del cuerpo diplomático.

Con la aquiescencia del Congreso el presidente, como estaba previsto, citó al pueblo colombiano el 2 de octubre de 2016 a un plebiscito para que dijera “SÍ” o “NO” al AFP, con la siguiente pregunta: “¿Apoya usted el Acuerdo Final para la terminación del conflicto a la construcción de una paz estable y duradera?”.

El Acuerdo Final para la Paz rechazado por el pueblo.

El Acuerdo Final fue rechazado con 6.430.170 votos, lo que equivalía a un 50,22% de los ciudadanos inscritos en el censo electoral; la diferencia fue de 58.259 votos equivalente al 0,43%, con una abstención del 63%, lo que demuestra, por una parte, la indiferencia popular hacia el AFP, y por la otra, el rechazo frontal por parte de los ciudadanos que concurrieron a las urnas, en un escenario de escepticismo a “un proceso de paz, al cual una mayoría se opuso como proceso, no como paz”<sup>24</sup>; fue un proceso carente de deliberación democrática, participativa y pluralista. La gran conclusión: El AFP carece de legitimidad, así como también la justicia transicional, los premios penales como la amnistía, la renuncia a la persecución penal, etc.

---

<sup>22</sup> Cfr. FERRAJOLI, LUIGI, “La justicia penal transicional para la Colombia del postconflicto y las garantías para la paz interna”, en *Observatorio del sistema penal y los derechos humanos, Revista crítica penal y poder*, N° 10, Universidad de Barcelona, 2016, p. 147.

<sup>23</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-630 de 2017, párr. 2.2.1. En la misma sentencia el Tribunal precisó que “el Acuerdo responde a una «política pública»” del ejecutivo. Sentencias C-379/16, 171/17 y 630/17. En mi concepto el AFP nació como un acto político en La Habana (Cuba) que, pretermitiendo los procedimientos legislativos se firmó entre dos partes: el Estado y un grupo armado rebelde, conocido como las FARC-EP. No tenía fuerza normativa, por tanto, debió transformarse en normas jurídicas.

<sup>24</sup> “Identidad gremial”, LORENZO MADRIGAL, Diario El Espectador, Bogotá, julio 27 de 2020, p.18.

Valga la pena recordar que la Corte IDH declaró incompatible, con la CADH, la “ley de caducidad punitiva del Estado” uruguayo<sup>25</sup>. Esta es una forma de renunciar a la persecución penal. La *ratio legis* es: “dejar impunes graves violaciones al derecho internacional cometidas”<sup>26</sup>.

Ante el fracaso del plebiscito colombiano, el Acuerdo se renegoció con la oposición triunfante en el plebiscito, y se produjo el siguiente Acuerdo Final.

## **2.2. ACUERDO FINAL PARA LA TERMINACIÓN DEL CONFLICTO Y LA CONSTRUCCIÓN DE UNA PAZ ESTABLE Y DURADERA. ACUERDO DEL TEATRO COLÓN**

En Bogotá se firmó el *Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una Paz Estable y Duradera*<sup>27</sup> por el presidente y Rodrigo Londoño en representación de las FARC-EP, el 24 de noviembre de 2016. Se conoce comúnmente como el Acuerdo del Teatro Colón<sup>28</sup>.

El Acuerdo Final contiene los siguientes cinco puntos sustantivos vertidos en sus correspondientes Acuerdos<sup>29</sup>: (1) Reforma rural integral, (2) Participación política: apertura democrática para construir la Paz, (3) Cese al fuego y de hostilidades bilateral y definitivo y la dejación de las armas, (4) Solución al problema de las drogas ilícitas, (5) Víctimas<sup>30</sup> y Mecanismos de implementación y verificación<sup>31</sup>, y (6), el punto procedimental.

---

<sup>25</sup> El Parlamento de Uruguay aprobó la Ley N° 15.848 (1986) de caducidad punitiva del Estado, por medio de la cual se concedía una amnistía a militares y policías, por los delitos cometidos; ley que dispuso la suspensión inmediata de las investigaciones judiciales. La Suprema Corte de Justicia declaró la constitucionalidad de la ley la cual obtuvo, en dos oportunidades, el respaldo popular de la mayoría de los ciudadanos, por medio de mecanismos de democracia directa: el referéndum de 1989 y una propuesta de anular dicha ley, por medio de un plebiscito, en el año 2009. Cfr. CORTE IDH y MINISTERIO PÚBLICO FISCAL, *Diálogos*, ob. cit., pp. 29 y 30.

<sup>26</sup> CORTE IDH. Caso Gelman contra Uruguay, Sentencia de febrero 24 de 2011, párr. 229.

<sup>27</sup> El Acuerdo Final renegociado se firmó el 24 de noviembre de 2016, y fue publicado en la Gaceta de Congreso N 1075, de noviembre 25 de 2016, con 310 páginas, y es la versión que utilizaremos.

<sup>28</sup> Cfr., REY CANTOR, ob. cit., pp. 74 y 75.

<sup>29</sup> Véase la enumeración de los puntos en la Introducción del Acuerdo Final, pp. 7 y 8.

<sup>30</sup> Este punto 5 (p. 124 del Acuerdo Final) dentro del cuerpo del Acuerdo se denomina: 5. Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto, y contiene el *Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición* denominado SIVJNR, incluyendo la *Jurisdicción Especial para la Paz* y Compromiso sobre Derechos Humanos. Este punto 5 se extiende desde la página 124 hasta la p. 193. El Tribunal Especial para la Paz es el órgano del componente de justicia del SIVJNR (pp. 143 y 152). “El Tribunal Especial para la Paz, será el órgano de cierre de la Jurisdicción Especial para la Paz que se crea en el SIVJNR” (p. 153).

<sup>31</sup> El punto 6 del Acuerdo Final se halla contemplado en la p. 193, con el título *Implementación, verificación y refrendación*; en la página 202 se estableció que el Acuerdo se incorporaría al ordenamiento jurídico por medio de normas constitucionales y legales; en efecto un Acto Legislativo creó la JEP, por ley se expedirían las normas procesales que regirían los procedimientos de la JEP, página 204. Cfr. REY CANTOR, ob. cit., p. 75.

En tres pasos y en distintos lugares constitucionales se ratificó y entró en vigor el Acuerdo Final, y se comunicó internacionalmente.

El 30 de noviembre de 2016 el Congreso adoptó la decisión política de ratificar el Acuerdo Final<sup>32</sup>. De esta forma culminó el proceso de refrendación “popular” por el Congreso<sup>33</sup> sin el consenso de las fuerzas políticas representadas en el órgano legislativo.

El Gobierno y las FARC-EP, mediante un comunicado de prensa conjunto de fecha diciembre 1° de 2016, confirmaron que el Acuerdo Final había entrado en vigor ese mismo día, el “Día D”; fecha en la que se inicia el calendario para que las FARC cumplan, entre otras, condiciones<sup>34</sup>: dejar las armas; garantizar el proceso de reincorporación a la vida civil; aportar verdad plena; garantizar la no repetición de los hechos cometidos y abstenerse de cometer nuevos delitos después de la citada fecha. Lo cual incumplieron porque el 29 de agosto de 2019 un grupo de 21 ex -guerrilleros de las FARC anunciaron su rearme y constituyeron una nueva disidencia criminal desafiando a las “elites opresoras” como sus enemigos, incumpliendo así las obligaciones de “no repetición”<sup>35</sup>. ¿Cuál paz estable y duradera, si estos *máximos responsables* de crímenes internacionales de *ius cogens* evadieron la justicia transicional que ellos mismos contribuyeron con el Estado a crear? Por tanto, “las víctimas se van a quedar sin gran parte de la verdad y la justicia”<sup>36</sup>.

Aclaro que los delitos cometidos antes del 1° de diciembre de 2016 serán de competencia de la JEP y los ocurridos después corresponderán a la jurisdicción ordinaria<sup>37</sup>.

---

<sup>32</sup> “Los desarrollos normativos que requiera el Acuerdo Final que correspondan al Congreso de la República se adelantarán a través de los procedimientos establecidos en el Acto Legislativo número 01 de 2016, el cual entró en vigencia con la culminación del proceso refrendatario”. Cfr., Artículo 1, inciso 3 de la Ley 1820 de 2016. De esta forma entró en vigencia la reforma constitucional contenida en el A.L. N° 1/16.

<sup>33</sup> Cfr. Diario Oficial N° 50.102 de diciembre 30 de 2016, p. 1.

<sup>34</sup> Régimen de condicionalidad establecido en el A.L. 01 de 2017.

<sup>35</sup> *Por reclutar menores Fiscalía les abre investigación a “Santrich”, “Márquez” y el “Paiza”*, Diario el Nuevo Siglo, Bogotá, julio 30 de 2020, p. 14.

<sup>36</sup> Cfr. *Los judas de la paz*, Revista Semana, edición 1948, del 1° al 8 de septiembre de 2019, pp. 16 a 20. *Retorno a las armas*, periódico Voz, septiembre 4 de 2019, p. 10.

<sup>37</sup> El 9 de abril de 2018 fue detenido con fines de extracción el ex comandante de las FARC, alias “Jesús Santrich”, por orden de la Fiscalía a solicitud del gobierno de los Estados Unidos acusado de narcotráfico; sumado al retardo en la entrega de bienes de la guerrilla con destino a la reparación de los daños a las víctimas, tras el ocultamiento de bienes por parte de las FARC-EP. Posteriormente “Santrich” obtuvo la

Finalmente, se comunicó al Consejo de Seguridad la necesidad del gobierno y de las FARC de la participación de la ONU como componente internacional para verificar el cese del fuego, de las hostilidades y la dejación de las armas<sup>38</sup>, respetando el Derecho internacional<sup>39</sup>.

Regreso al Acuerdo Final, concretamente a la estructura del punto 5<sup>40</sup>.

### **3. ACUERDO SOBRE LAS VÍCTIMAS DEL CONFLICTO. PUNTO 5 SISTEMA INTEGRAL DE VERDAD, JUSTICIA, REPARACIÓN Y NO REPETICIÓN**

Sobre la base de una “Declaración de los Principios”<sup>41</sup> establecida por las partes en el conflicto se acordaron dos temas centrales: a) “Acuerdo sobre las víctimas del conflicto: Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición”<sup>42</sup> (en adelante SIVJNR)<sup>43</sup> y b) Compromiso con los derechos humanos.

El Título II del punto 5 se estructura alrededor del componente *justicia transicional* (restaurativa y prospectiva) aplicable “a todos los que participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado” (p. 148), por un lado la guerrilla de las FARC, y por el otro los agentes del Estado (Fuerza Pública) , respecto de quienes se creó un tratamiento especial, simultáneo, equilibrado, equitativo y simétrico (p. 152, párr. 44), con claros beneficios penales de amnistía e indulto para los primeros (p. 147), y camufladamente la renuncia a la persecución penal

---

libertad y con otros ex-guerrilleros que se rearmaron planearon asesinar al máximo dirigente “Timochenco” del partido político de las FARC; hechos que demuestran el incumplimiento del AFP; véase comunicado de la Fiscalía. Disponible en: [https://elpais.com/internacional/2018/04/10/colombia/1523315848\\_436100.html](https://elpais.com/internacional/2018/04/10/colombia/1523315848_436100.html)

<sup>38</sup> Cfr., MEJÍA, MARÍA EMMA, Embajadora Permanente ante las Naciones Unidas, S/2016/53, de enero 21 de 2016. Disponible en: <https://undocs.org/pdf?symbol=es/S/2016/53>

<sup>39</sup> Declaración Unilateral del Estado colombiano ante la ONU. Depósito del AFP como Acuerdo Especial del artículo 3 Común ante el Gobierno de Suiza, su incorporación a la Resolución 2261 (2016) del Consejo de Seguridad de la ONU. Es clara la metamorfosis del AFP que nació, como se dijo, como un acto político y se transformó en un acto jurídico con efectos jurídicos en el escenario internacional.

<sup>40</sup> Acuerdo Final, pp. 124 a 192.

<sup>41</sup> La Declaración de Principios contiene, entre otros; satisfacción de los derechos de las víctimas; el esclarecimiento de la verdad, la reparación de las víctimas, la garantía de no repetición (Acuerdo Final, pp. 124 y 125). Verdad (pp. 130 a 143), justicia (pp. 143 a 177), reparación (pp. 178 a 185) y garantías de no repetición (pp. 186 a 192) del AFP. Se trata de un contenido genérico, vago y abstracto, minimizando la naturaleza jurídica de los derechos fundamentales como derechos subjetivos.

<sup>42</sup> El punto 5 (p. 124) se denomina: “Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto y contiene el *Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición*, denominado SIVJNR, el cual incluye la *Jurisdicción Especial para la Paz* y compromiso sobre Derechos Humanos”. Este punto 5 se extiende desde la página 124 hasta la 193.

<sup>43</sup> El SIVJNR se incorporó con un Título Transitorio en la Constitución de 1991 (la reforma constitucional, A.L. 1/17), constitucionalizando la justicia transicional.



para los segundos (p. 158, párr. 50, literal f). El diseño se orienta hacia los victimarios.

¿Y las víctimas? “El alcance de la participación directa de las víctimas en la JEP siempre fue proporcionalmente ajustado a la limitación temporal del funcionamiento de esta jurisdicción –quince años–, y al alto número de casos a procesar<sup>44</sup>, y que no todos se seleccionarán.

En el Acuerdo Final se resalta la *centralidad de las víctimas*, y en su implementación y práctica resulta ser un sofisma<sup>45</sup>, como lo explicaré en el desarrollo del presente capítulo.

#### 4. JUSTICIA TRANSICIONAL

Según MORENO FONSERET y PAYÁ LÓPEZ<sup>46</sup> “fruto de la normativa internacional generada en materia de protección de los derechos humanos y de persecución y sanción de los crímenes contra la humanidad, la denominada justicia transicional ha trascendido en escenarios de transición de periodos bélicos a la paz o de regímenes de dictadura a la democracia”<sup>47</sup>.

“Una de las cuestiones de mayor enjundia está en la respuesta a las demandas de justicia por las violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos”<sup>48</sup>.

El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha señalado que:

“La noción de justicia de transición (...) abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los

---

<sup>44</sup> Asesor de las FARC SANTIAGO ROMERO, *La JEP: instrumento de paz, justicia y verdad*, ob. cit., p. 175.

<sup>45</sup> En la parte procesal demostraré que el principio de “centralidad de las víctimas” se minimiza con la *aplicación preferente* de la renuncia a la persecución penal para agentes del Estado, según el diseño normativo de los procedimientos en las Leyes 1820 de 2016 (arts. 42 y 46), 1922 de 2018 (art. 45), y la Ley Estatutaria de la JEP 1957 de 2019 (art. 13 y 73). Se trata de un enfoque orientado hacia los victimarios y un sofisma para las víctimas.

<sup>46</sup> MORENO FONSERET, ROQUE y PAYÁ LÓPEZ, PEDRO, *Memoria y justicia transicional en perspectiva comparada: Europa y América Latina*, Granada, ed. Comares, 2018, p. 1.

<sup>47</sup> MÉNDEZ, JUAN, “Justicia de Transición”, en ESCUDERO ALDAY y otros, *Desapariciones forzadas, represión política y crímenes del franquismo*, Editorial Trotta, Madrid, 2013, pp. 13-30.

<sup>48</sup> TAMARARIT SUMALLA JOSEP, “Introducción”, en la obra colectiva *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Editorial Atelier, Barcelona, 2010, p. 13.

problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación. Tales mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales y abarcará el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos”<sup>49</sup>.

KAI AMBOS expresa que es: “(...) El *fundamento jurídico* del elemento o interés justicia tiene como punto de partida el *deber de perseguir* crímenes internacionales nucleares tal como son definidos en los artículos 6 a 8 del Estatuto de la CPI. Es una justicia de excepción”<sup>50</sup> que se caracteriza por ser restaurativa y retrospectiva.

#### 4.1. JUSTICIA RESTAURATIVA<sup>51</sup>

Según MARSHALL<sup>52</sup> la *justicia restaurativa* se rige por unos principios específicos<sup>53</sup>, y consiste en: “(...) un proceso por el que las partes involucradas en una ofensa específica resuelven colectivamente el modo de tratar con las consecuencias de la ofensa y sus implicaciones para el futuro.

ZEHR<sup>54</sup> propone “*un modelo de justicia basado en la concepción* del delito como una violación de las relaciones humanas de modo que los sentimientos de las

---

<sup>49</sup> Cfr., CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS, “*El Estado de Derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*”, Informe del Secretario General de las Naciones Unidas”, UN Doc.S/ 2004/616, de agosto 3 de 2004, S 3.

<sup>50</sup> AMBOS, KAI, “El marco jurídico de la justicia de transición”, en la obra colectiva, *Justicia de transición, con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Georg-August-Universität- Götting, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2009, p. 23.

<sup>51</sup> “Uno de los paradigmas orientadores de la JEP será la aplicación de “una justicia restaurativa que preferentemente busca la restauración del daño causado y la reparación de las víctimas; se aplica con un enfoque integral”. Acuerdo Final, p. 144.

<sup>52</sup> MARSHALL, T.E., “Restorative justice: an overview”, publicado en 1988 por el Center for Restorative Justice and Peacemaking (University of Minnesota), cita de JOSEP TAMARIT SUMALLA, “La justicia restaurativa: concepto, principios, investigación y marco teórico”, en la obra colectiva *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones, colección: estudios de derecho penal y criminología*, Editorial Comares, Granada, 2012, p. 8.

<sup>53</sup> “a) la creación de espacios para la involucración personal de los afectados (particularmente el ofensor y la víctima, pero también sus familias y comunidades); b) la visión de los problemas del delito en su contexto social; una visión prospectiva (o preventiva) orientada a la resolución de los problemas; d) flexibilidad de la práctica (creatividad)”. MARSHALL, *ibídem*, p. 8.

<sup>54</sup> Cfr., ZEHR HOWARD, “Retributive justice, restorative justice”, en MENNONITE CENTRAL COMITÉ, *Office of Crimine and Justice*, septiembre de 1985 cita de JOSEP TAMARIT SUMALLA, Editorial Comares, Granada, 2012, p. 6.

víctimas y del ofensor no sean vistos como elementos periféricos sino como el núcleo del problema; el foco de atención debe estar no en el pasado sino en el futuro, centrado en la idea de «*restoration*»<sup>55</sup>. ZEHR opone la justicia restaurativa al paradigma de la justicia retributiva.

La justicia restaurativa “va más allá de los procesos penales y la cárcel. Actuar bajo la fórmula: **a mayor verdad, menos sanción**”<sup>56</sup>. En efecto, “las sanciones restaurativas garantizan el derecho de la víctima a conocer la verdad, ya que solo se imponen si el victimario realiza reconocimiento de verdad. Sin embargo, una sanción retributiva -prisión- no garantiza el derecho a la verdad más allá de la *verdad judicial*, la declarada por sentencia”<sup>57</sup>.

En la realidad actual, de los disidentes de las FARC las víctimas no conocerán la verdad plena, y la justicia restaurativa eventualmente logrará parcialmente su cometido, porque los ex-combatientes que continúan sometidos a la JEP, no están diciendo la verdad de las niñas que violaron y que su reclutamiento ordenaron<sup>58</sup>.

#### 4.2. JUSTICIA PROSPECTIVA

Se trata de una justicia “respetuosa de los valores del presente y a la vez preocupada por acabar con conflictos que no deben ser perpetuados, en aras de la defensa de los derechos de las futuras generaciones”<sup>59</sup>.

Si con la división de las FARC se perpetúa el conflicto armado interno, ¿qué le esperará a las futuras generaciones, si sus ancestros no obtendrán justicia y en un sofisma está resultando la paz?

---

<sup>55</sup> Cfr., ZEHR, cita de JOSEP TAMARIT, p. 6.

<sup>56</sup> GRESSON, LILY; DOGBOLO ADJO, BLACKBORNE; MOLINA, ANDRÉS & GONZÁLEZ ZAPATA, ALEXANDRA (Coords.), *Cartilla pedagógica para la presentación de informes ante el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición*, La Imprenta.co, Bogotá, 2018, p. 20.

<sup>57</sup> SANTIAGO ROMERO, *La JEP: instrumento de paz, justicia y verdad*, ob. cit., p. 171.

<sup>58</sup> NOTICIAS CARACOL T.V., “Timochenko negó ante la JEP que las FARC hubiera reclutado menores o cometido violaciones”. Disponible en: “<https://noticias.caracoltv.com/colombia/timochenko-nego-ante-la-jep-que-las-farc-hubieran-reclutado-menores-o-cometido-violaciones> (septiembre 08 de 2020).

<sup>59</sup> Acuerdo Final, p.143 y 144 (resaltado fuera del texto).

El Acuerdo Final previó la *restricción efectiva* de la libertad [que] no supone, en ningún caso, el encarcelamiento, sino sanciones alternativas<sup>60</sup>, que adelante se definen.

El Acuerdo es fruto de una negociación política<sup>61</sup>. En política se puede negociar todo, menos la dignidad del ser humano y su derecho de acceso a la justicia transicional para conocer la verdad plena y la reparación integral del daño causado por los crímenes de *ius cogens*.

“La Justicia Transicional, no es un nombre para una forma de justicia distinta. La satisfacción ofrecida por la justicia no se puede lograr sin verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición”<sup>62</sup>. Los disidentes de las FARC se fueron con la verdad y los que están sometidos a la JEP están negando la verdad<sup>63</sup>.

## **5. MECANISMOS EXTRAJUDICIALES Y ÓRGANOS JUDICIALES DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL**

“Una de las cuestiones nucleares del sistema fijado en el Acuerdo es el establecimiento de un mecanismo específico para «enjuiciar» los crímenes cometidos durante el conflicto armado colombiano, a través de lo que se denomina «JEP»”<sup>64</sup>. La finalidad de este mecanismo es “el logro de la paz”, por medio de *procesos penales genuinos* adelantados contra esos responsables y ¡poner fin a la impunidad!<sup>65</sup>.

No obstante lo anterior, “el logro de la paz no puede conseguirse excluyendo la verdad, la memoria, la justicia (penal-retributiva) y la reparación de los crímenes

---

<sup>60</sup> Acuerdo Final, p. 165 numeral 60 y 165, en concordancia con la página 172. Cfr. VACAS FERNÁNDEZ, ob. cit., pp. 308, 309 y 312.

<sup>61</sup> Ver pp. 124, 143, 152, 153, 161 y 167 del Acuerdo Final, punto 5 *Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto*.

<sup>62</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe país Colombia. Verdad, justicia y reparación*. OEA/Ser. L/V/II, Doc 49/13, diciembre 31 de 2013, párr. 247.

<sup>63</sup> NOTICIAS CARACOL T.V., “Timochenko negó ante la JEP que las FARC hubiera reclutado menores o cometido violaciones”, ob. cit.

<sup>64</sup> Véase Alto Comisionado para la Paz de la ONU. Alto comisionado para la paz. Disponible en: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/proceso-de-paz-con-las-farc-ep/documentos-y-comunicados-conjuntos/Documentos/comunicado-cpnjunto-60-23-septiembre-2015.pdf>.

<sup>65</sup> Cfr., STEWART JAMES, Fiscal Adjunto de la Corte Penal Internacional, *La Justicia Transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional*, conferencia dictada el 13 de mayo de 2015 en la Universidad del Rosario, Bogotá (Colombia), p. 9.

que se cometieron en el pasado”<sup>66</sup>. En resumen, debe garantizarse verdad, justicia, reparación, garantías de no repetición y memoria.

La justicia transicional está compuesta por mecanismos extrajudiciales y órganos judiciales que enuncio<sup>67</sup> así:

### **5.1. MECANISMOS EXTRAJUDICIALES**

Como su nombre lo indica, son mecanismos no judiciales y los enumero en la siguiente forma:

- a) La Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (artículo transitorio 2, A.L. 01/17)<sup>68</sup>.
- b) La Unidad de Búsqueda de Personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado (artículo transitorio 3, A.L. 01/17)<sup>69</sup>.
- c) Las medidas de reparación integral para la construcción de paz y
- d) Garantías de no repetición (artículo 1 y artículo transitorio 18, A.L. 01/17).

---

<sup>66</sup> CHINCHÓN ÁLVAREZ, “El Derecho Penal Internacional en contextos transicionales”, en la obra colectiva *Derecho Penal Internacional*, ob. cit., pp. 467 y 479

<sup>67</sup> Acuerdo Final, p. 127, mecanismos judiciales y mecanismos extrajudiciales; página 143 el componente de justicia es la JEP; página 145 la JEP ejerce funciones judiciales; página 152, procedimientos, *órganos* y sanciones del componente de justicia de la SIVJRN. Con la citada reforma constitucional transitoria de 2017 explicaré la clasificación propuesta con énfasis en la JEP.

<sup>68</sup> Decreto 588 de abril 5 de 2017. Artículo 4: “(...), sus actividades no tendrán carácter judicial, ni servirán para la imputación penal ante ninguna autoridad judicial”. El resultado de sus investigaciones con unas conclusiones y recomendaciones estarán contenidas en un Informe, numeral 5, art. 9. La Comisión tendrá tres años de funcionamiento.

<sup>69</sup> Decreto 589 de abril 5 de 2017, “por el cual se organiza la Unidad para la Búsqueda de Personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado”. La Unidad tendrá veinte años de funcionamiento.

## 5.2. ÓRGANOS JUDICIALES<sup>70</sup>

“El componente del SIVJNR se denomina Jurisdicción Especial para la Paz”<sup>71</sup>. La JEP<sup>72</sup> administrará justicia de manera transitoria y autónoma, y conocerá de manera preferente sobre todas las demás jurisdicciones y de forma exclusiva de las conductas cometidas con anterioridad al 1° de diciembre de 2016<sup>73</sup> por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno en Colombia (artículo transitorio 5).

La Corte Constitucional, al señalar las características de la JEP entre otros aspectos determinó que “no pertenece a la Rama Judicial”<sup>74</sup>. Sin embargo, es un órgano judicial, temporal<sup>75</sup>, con competencia preferente.

En la siguiente gráfica se puede observar el origen del SIVJNR y sus componentes, entre otros, la JEP.

---

<sup>70</sup> “Mecanismos judiciales que permiten la investigación y sanción de las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, en los términos que establece la Jurisdicción Especial la Paz”, según el Acuerdo Final, p. 127. Este es la base política para la creación constitucional de la JEP, capítulo III, artículo 5 del AL 1/17. El artículo 72 de la Ley Estatutaria se refiere a órganos judiciales.

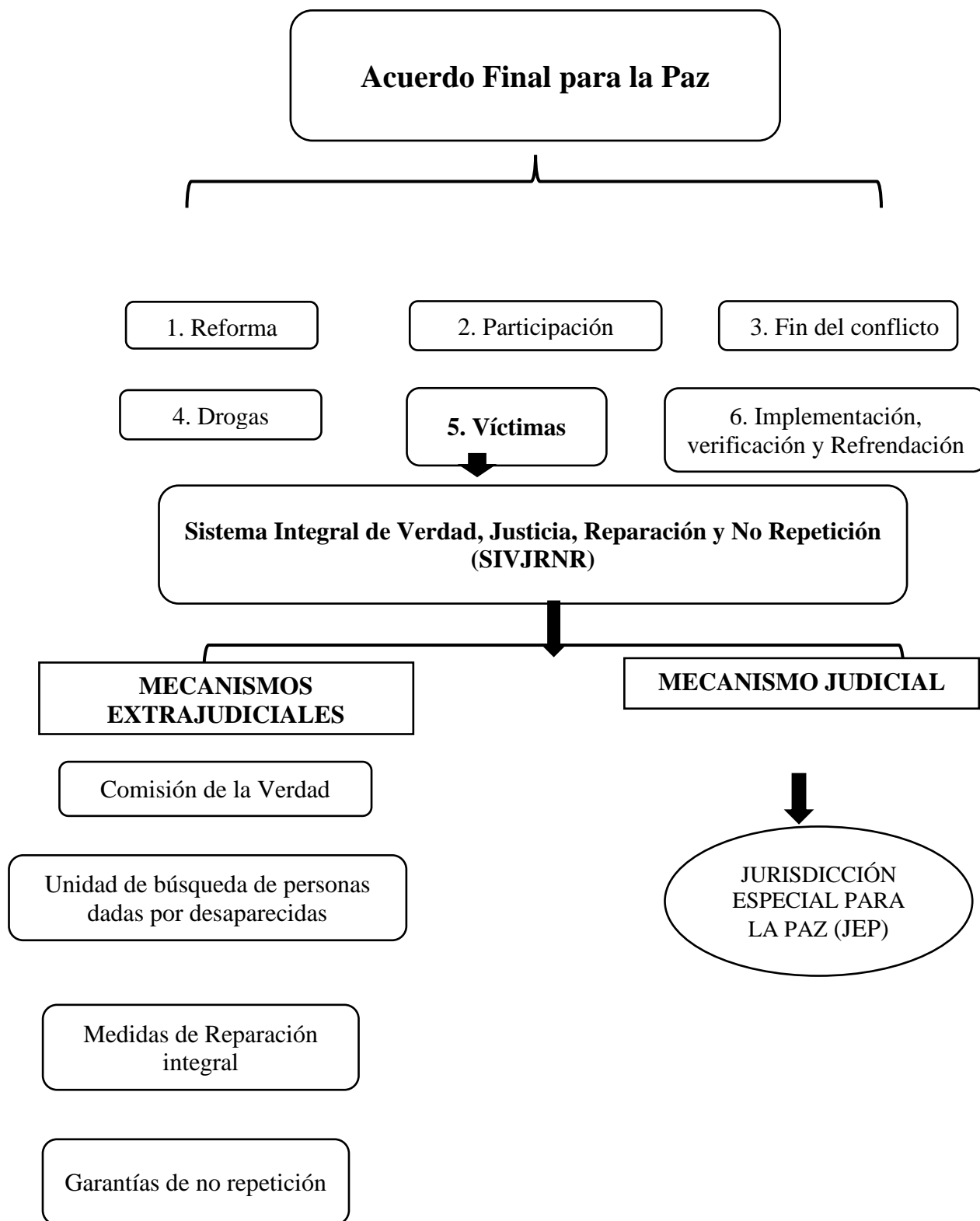
<sup>71</sup> Cfr., Acuerdo Final, p. 143.

<sup>72</sup> La JEP está diseñada en el Acuerdo Final de la página 143 a la 175.

<sup>73</sup> El Acuerdo Final entró en vigor a partir del 1° de diciembre de 2016 y el ER entró en vigor el 1° de julio de 2002, y el 5 de agosto de 2002 Colombia se hizo Estado Parte.

<sup>74</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-080 de 2018.

<sup>75</sup> La JEP tendrá 15 años de funcionamiento, prorrogable a veinte años.



USAID con correcciones y simplificación de LAURA LORENA ARDILA AVILA

## 6. LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ<sup>76</sup>

Examinemos detenidamente la conformación, la competencia prevalente, objetivos, funcionamiento, normas de procedimiento y elección de magistrados de la JEP.

### 6.1. CONFORMACIÓN

La JEP tiene su origen, fundamento y conformación en el Acuerdo de Paz<sup>77</sup>. La Jurisdicción está compuesta según el artículo transitorio 7° del A. L. 01/17 y el artículo 72 de la Ley Estatutaria 1957 de 2019, por los siguientes Órganos:

- a) Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas (en adelante Sala de Reconocimiento o SRVRD).
- b) Sala de Definición de situaciones jurídicas (en adelante Sala de Definición o SDSJ).
- c) Sala de Amnistía o Indulto.
- d) Tribunal para la Paz.
- e) Unidad de Investigación y Acusación<sup>78</sup>.

En la gráfica anterior observamos el Acuerdo Final, el cual contiene el punto 5, *Víctimas*, del que se deriva el SIVJNRN compuesto de cinco elementos; los cuatro primeros corresponden a los mecanismos extrajudiciales, y el último se denomina JEP, la cual está conformada por cinco órganos judiciales que veremos en la siguiente gráfica.

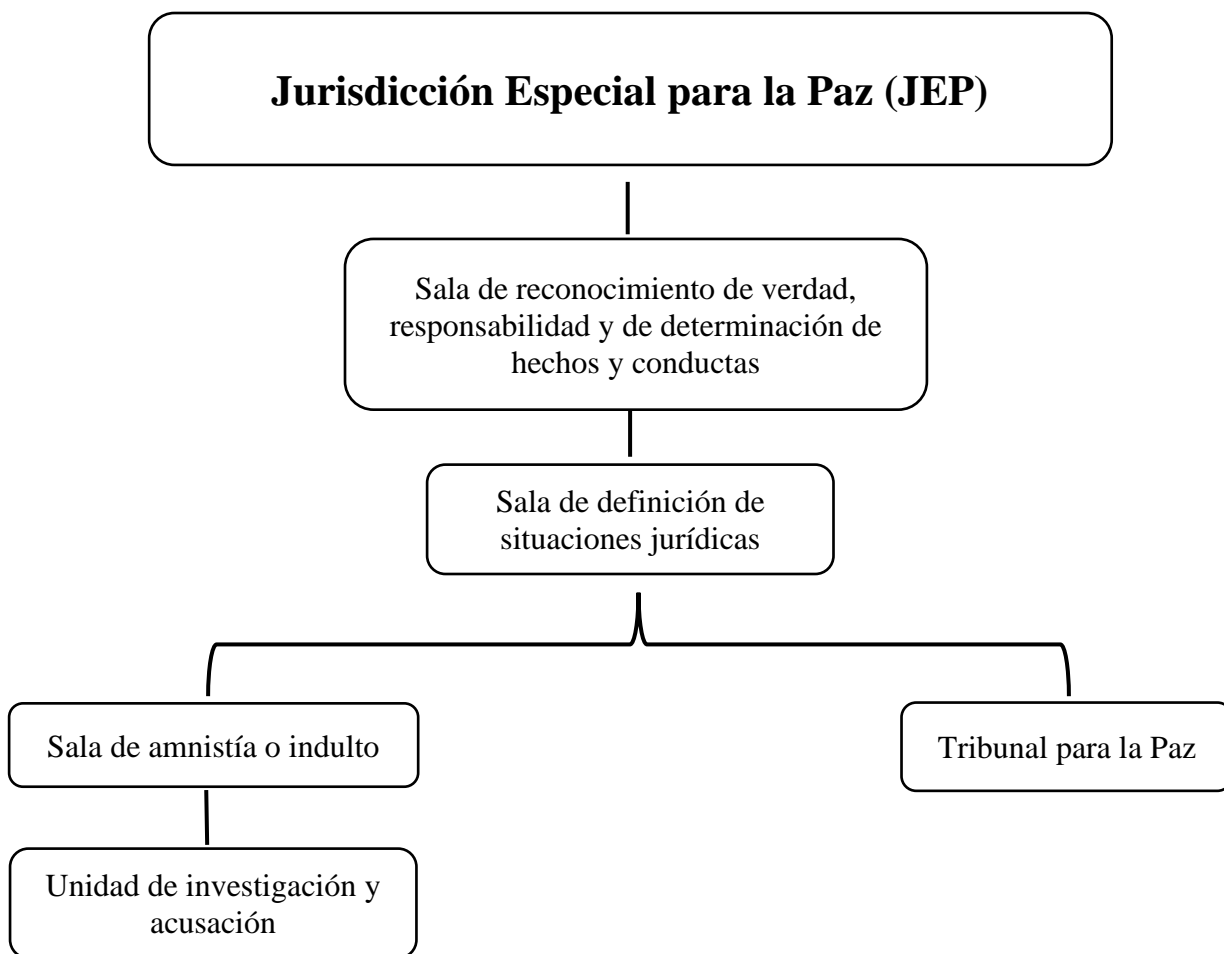
---

<sup>76</sup> “Adicionalmente se crearán, por fuera de la Jurisdicción Especial para la Paz, mecanismos judiciales tales como la Unidad de investigación y dismantelamiento de las organizaciones criminales (...) sucesoras del paramilitarismo”. Ver Acuerdo Final, p. 128.

<sup>77</sup> En el Acuerdo Final, de la página 152 a la 164, se trata de la estructura y organización del componente Justicia del SIVJNRN, en especial de la JEP con cinco órganos judiciales.

<sup>78</sup> La Jurisdicción contará además con una Secretaría Ejecutiva.





USAID con correcciones y simplificación de LAURA LORENA ARDILA AVILA

Como se observa, se trata de una jurisdicción con unos órganos, competencias y procedimientos que examino a continuación.

## 6.2. COMPETENCIA

La JEP tiene competencia:

- a) Competencia temporal. La JEP tiene competencia únicamente “por conductas cometidas con anterioridad al 1° de diciembre de 2016”<sup>79</sup>.
- b) Competencia material. La JEP “tendrá competencia sobre los delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado y sin ánimo de obtener enriquecimiento personal ilícito,

<sup>79</sup> Artículo transitorio 5° del A.L. 1/17.

o en caso de que existiera, sin ser este la causa determinante de la conducta delictiva”<sup>80</sup>, “respecto a conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los derechos humanos”<sup>81</sup>.

c) No son amnistiables ni indultables los delitos enumerados en el parágrafo del artículo 23<sup>82</sup> de la Ley 1820 de 2016, así como tampoco podrá renunciarse al ejercicio de la acción penal por estos delitos<sup>83</sup>.

d) Competencia personal. La JEP tiene competencia para investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a:

- Ex combatientes de las FARC-EP.
- Agentes del Estado que forman parte de la Fuerza Pública: Fuerzas Militares (el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea) y la Policía Nacional.
- Agentes del Estado no armados (servidores públicos), si deciden acudir voluntariamente, según sentencia C-674 de 2017.
- Los que no hicieron parte de los grupos armados (guerrilla, paramilitares o Estado), o sea, los llamados terceros<sup>84</sup>.

### 6.3. NORMAS DE PROCEDIMIENTO<sup>85</sup>

El Congreso aprobó, a iniciativa del Gobierno, la Ley 1922 de 2018, cuyo proyecto prepararon los magistrados de la JEP. Es el Código de Procedimiento de la JEP. Además, la Ley Estatutaria 1957 de 2019 de la JEP contiene normas de procedimiento<sup>86</sup>.

---

<sup>80</sup> Cfr., Artículo transitorio 23 del A.L. 1/17.

<sup>81</sup> Cfr., Artículo transitorio 5 del A.L. 1/17.

<sup>82</sup> “Los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores, de conformidad con lo establecido en el Estatuto de Roma”.

<sup>83</sup> Artículo 19 parágrafo 2 de la Ley Estatutaria 1957 de la JEP.

<sup>84</sup> “Se entiende por «terceros» aquellas personas que sin ser combatientes ni agentes del Estado han intervenido directa (combatientes) o indirectamente en el conflicto armado: políticos, instigadores, organizadores o financiadores de grupos armados o de graves crímenes, por ejemplo”, SANTIAGO ROMERO, *La JEP: instrumento de paz, justicia y verdad*, ob. cit., p. 193.

<sup>85</sup> En el A.L. 1/17, artículo transitorio 12, que trata del *procedimiento y reglamento* se enumeran los principios procesales a tener en cuenta por el legislador, siguiendo los parámetros del Acuerdo Final que se enuncian en la p. 153.

<sup>86</sup> Con fundamentación en el artículo 12 del A.L. 01/17 los magistrados de la JEP adoptaron un *Reglamento* para la organización y funcionamiento de la JEP, que está contenido en el Acuerdo 001 de 2018.

## 7. EL TRIBUNAL PARA LA PAZ

“El Tribunal para la Paz será el órgano de cierre de la Jurisdicción Especial Para la Paz que se crea en el SIVJRNR”, preceptúa el artículo 90 de la Ley Estatutaria 1957.

El Tribunal estará conformado<sup>87</sup> por distintas secciones: Sección de primera instancia en caso de reconocimiento de verdad y responsabilidad. Sección de primera instancia para casos de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad. Sección de Revisión de Sentencias y Sección de Apelación<sup>88</sup>.

La respectiva sección de primera instancia del Tribunal resuelve los casos e impone las sanciones<sup>89</sup> mediante sentencia de primera instancia, apelable ante la sección de apelación, la cual decide dictando la sentencia de segunda instancia<sup>90</sup>, en aplicación de una justicia restaurativa y prospectiva, como se explicó.

A grandes rasgos esta es la estructura general de la JEP, integrada por los Órganos que el artículo 72 de la Ley Estatutaria enumera, entre los cuales

---

<sup>87</sup> En el Acuerdo Final, de la página 154 a la 164, se trata de la organización y composición del Tribunal para la Paz en salas y secciones enumerando las funciones de cada una de ellas. Los artículos 90 al 97 de la Ley Estatutaria 1957 de la JEP se refieren a la organización y competencias del Tribunal para la Paz.

<sup>88</sup> Artículo transitorio 7 del A.L. 1/17. La Ley Estatutaria 1957 de la JEP, en el artículo 91, enumera las cuatro secciones de la JEP.

<sup>89</sup> En el Acuerdo Final las sanciones son de tres clases: (i) *Sanciones propias aplicables a quienes reconozcan verdad exhaustiva, detallada y plena* en la Sala de reconocimiento de verdad y responsabilidades; las sanciones serán restricciones de libertades y derechos, tales como la libertad de residencia y movimiento, que sean necesarias para su ejecución, la sanción será de 5 a 8 años (página 172); (ii) *Sanciones alternativas aplicables a quienes reconozcan verdad y responsabilidad por primera vez en el proceso contradictorio* ante la Sección de Primera instancia del Tribunal para la Paz, **antes de dictarse sentencia**; la sanción será una pena privativa de la libertad de 5 a 8 años de prisión (página 174), y (iii) *Sanciones ordinarias aplicables a quienes no reconozcan verdad y responsabilidad en el proceso contradictorio* ante la Sección de Primera instancia del Tribunal para la Paz, y resulten declarados culpables por este; será una pena privativa de la libertad no inferior a 15 años, ni superior a 20 en caso de graves infracciones (página 175), *Sanciones inferiores a 5 años*, a quienes no hayan tenido una *participación determinante* en las *conductas más graves y representativas*, aun interviniendo en ellas. En este caso el mínimo de sanción será de dos años y el máximo de 5 años. (párr. 60). La Ley Estatutaria de la JEP 1957 en el Capítulo IX incorporó las citadas sanciones previstas en el AFP (artículos 125 a 130). El artículo 129 establece la sanción entre 2 y 5 años “para quienes no hayan tenido una participación determinante en las conductas más graves y representativas, aun interviniendo en ellas”, salvo que se trate de las hipótesis contempladas en el literal h) del artículo 84”, el cual establece **la renuncia a la acción penal, hipótesis que no existen en el Acuerdo Final**. Obsérvese cómo el legislador deliberadamente desconoció el Acuerdo Final abriendo una brecha a la impunidad a favor de los agentes del Estado y por supuesto de las FARC, porque el literal h) sólo se refiere al sujeto “quienes”, beneficiándolos con la citada renuncia. El literal h) omite a las víctimas; adelante ampliaré la argumentación.

<sup>90</sup> Ley Estatutaria de la JEP 1957, artículos 92, 93 y 96. Esta sección “es el órgano de cierre hermenéutico de la JEP”, artículo 23.

consideraré el Tribunal para la Paz y dos salas de la JEP que aplican mecanismos procesales de selección y priorización de casos<sup>91</sup>, y una de ellas concede la *renuncia a la persecución penal* para los agentes del Estado<sup>92</sup>.

## **8. LAS SALAS DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ Y LAS COMPETENCIAS PARA PRIORIZAR Y NO SELECCIONAR CASOS AUTORIZANDO LA RENUNCIA A LA PERSECUCIÓN PENAL**

El citado artículo 72, entre los Órganos de la JEP, enumera las siguientes salas: Sala de Reconocimiento, Sala de Definición, y Sala de Amnistía o Indulto.

A continuación, me ocuparé de describir las competencias asignadas por la Ley Estatutaria 1957 a la Sala de Reconocimiento<sup>93</sup>, relacionadas únicamente con los mecanismos procesales de priorización y selección de casos. La Sala de Definición con la competencia exclusiva para la concesión de la renuncia a la persecución penal para los agentes del Estado, asignada por el artículo 44 de la Ley 1820 de 2016, además del artículo 84 de la Ley Estatutaria.

La Sala de Reconocimiento y la Sala de Definición “desarrollarán su trabajo conforme a criterios de priorización elaborados a partir de la gravedad y representatividad de los delitos y del grado de responsabilidad de los mismos” (artículo 7°, A.L. 01 de 2017).

---

<sup>91</sup> De una lectura completa de la página 152 a la 164 del punto 5 del AFP se observa que los mecanismos procesales de selección y priorización de los casos fueron pensados para los victimarios de la FARC-EP.

<sup>92</sup> Llama la atención que en los párrafos de las páginas 152 a 165 del AFP no se hace expresa referencia a la renuncia a la persecución penal como una forma de tratamiento especial y diferenciado *para los agentes del Estado*; incluso una forma de renuncia no prevista nació en la Ley Estatutaria (literal h artículos 84 y 129), desconociendo la voluntad de las partes, de lo cual guardó silencio la Corte Constitucional.

<sup>93</sup> Con fundamento en el artículo transitorio 7 del A.L. 01 de 2017 la Sala de Reconocimiento adoptó el “Documento de política sobre criterios y metodología de priorización de situaciones y casos”, el 28 de junio de 2018.

## 8.1. COMPETENCIAS DE LA SALA DE RECONOCIMIENTO DE VERDAD, DE RESPONSABILIDAD Y DE DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS Y CONDUCTAS<sup>94</sup>

El artículo 79 de la Ley Estatutaria enumera, entre otras competencias de la Sala, la siguiente: “t. (...) adoptar criterios de selección”.

De los criterios de selección trata el artículo 19 de esta ley, según el cual la Sala aplicará “criterios para concentrar el ejercicio de la acción penal en quienes tuvieron participación determinante<sup>95</sup> en los hechos más graves y representativos” (entiéndase crímenes internacionales con estatus de *ius cogens*).

Ante esta Sala comparecen ex-combatientes de las FARC-EP, por un lado, y agentes del Estado por el otro, en la forma explicada, quienes podrían asumir uno de dos comportamientos procesales, a saber:

### a) Reconocimiento de verdad y responsabilidad

La Sala emite la *Resolución de Conclusiones*<sup>96</sup> que presenta ante la sección de primera instancia del Tribunal ante la cual se adelanta un *procedimiento* que podría denominarse *dialógico*, que termina con una sentencia en la que se impondrá la sanción entre 5 a 8 años<sup>97</sup>.

“Los casos no seleccionados no deben aparecer en la resolución de conclusiones”<sup>98</sup>, a los cuales se aplica la renuncia a la persecución penal, y a

---

<sup>94</sup> En la parte procesal del punto 5, Víctimas, se asigna, entre otras competencias, a la Sala de reconocimiento la siguiente: “A efectos de emitir su resolución, deberá concentrarse desde un inicio en los casos más graves y en las conductas o prácticas más representativas”. AFP, página 157, literal O (cursivas fuera del texto).

<sup>95</sup> Obsérvese que el MJP se refiere a *máximos responsables*, y el AFP trata de *participación determinante*, p. 149, párr. 32, p. 159, párr. 50, p. 165, párr. 60. Según la doctrina son términos equivalentes.

<sup>96</sup> La *Resolución de Conclusiones* es el acto jurisdiccional que contiene la selección de los casos más graves y representativos, y la individualización de quienes tuvieron una participación determinante y además reconocieron verdad y responsabilidad, la calificación jurídica de las conductas y el proyecto de sanciones propuesto, cfr., literal m) artículo 79 de la Ley Estatutaria. Obsérvese que este literal no se refiere a “*los máximos responsables*” ni a los agentes del Estado. Véase respuesta de la Sala de Definición a Ángela Margarita Rey Anaya y Laura Lorena Ardila Ávila, en Oficio N° SDSJ 0092-2019, de agosto 29 de 2019.

<sup>97</sup> Ley Estatutaria, artículos 79, literal m) y 92, 27, 27a), 27b), 27c) y 27d), 28 a 32 de la Ley 1922 de 2018.

<sup>98</sup> Tribunal para la Paz, sección de apelación, sentencia interpretativa sobre beneficios, régimen de condicionalidad y participación de víctimas de abril 3 de 2019, párr. 150.

“esta clase de decisiones no [se le] imponen sanciones”<sup>99</sup>, con lo cual se abre una brecha a la impunidad.

Por otra parte, la Sala de Reconocimiento remite a la Sala de Definición dos relaciones de personas<sup>100</sup>, a saber:

Lista 1, “con aquellas personas o conductas que no serán objeto de amnistía o indulto ni serán incluidas en la Resolución de Conclusiones”<sup>101</sup>. La Sala de Definición dictará la Resolución que concede la renuncia a la persecución penal.

Lista 2, “con aquellas personas a las que no habrá de exigírseles responsabilidades por las causas que fueren”<sup>102</sup>. La Sala de Definición proferirá la Resolución que ordena la renuncia a la persecución penal<sup>103</sup>.

¿Cuáles son esas personas?

La Sala de Definición decide la situación jurídica “de quienes no hayan tenido una participación determinante [entiéndase máximos responsables] en los hechos más graves y representativos, en particular respecto de las conductas a que se refiere el artículo 23 de la Ley 1820 de 2016”<sup>104</sup>. Esta Sala expedirá la Resolución que profiere la renuncia a la persecución penal a favor de quienes no hayan tenido una “participación determinante” en los crímenes internacionales con estatus de *ius cogens*. Dichas personas son los agentes del Estado que no hayan tenido una “participación determinante”. La norma que relaciona dos listas de personas no es clara. “Dicha falta de claridad, podría implicar, en la práctica, la impunidad”<sup>105</sup>.

---

<sup>99</sup> *Ibídem*.

<sup>100</sup> Ley Estatutaria artículo 79, literal p). Obsérvese que este literal dice “personas” y no se refiere a “los máximos responsables” ni a “participación determinante”; entiéndase dos listas de victimarios/agentes del Estado que recibirán como beneficios los citados premios penales.

<sup>101</sup> *Ibídem*.

<sup>102</sup> *Ibídem*.

<sup>103</sup> Véase respuesta de la Sala de Definición a Ángela Margarita Rey Anaya y Laura Lorena Ardila Ávila, en Oficio N° 202004110 de agosto 28 de 2020.

<sup>104</sup> Ley Estatutaria, artículo 84, literal h).

<sup>105</sup> Véase Corte IDH, Resolución de Medidas Urgentes del presidente Eduardo Ferrer Mac-Gregor y de supervisión de cumplimiento de sentencia de mayo 28 de 2019, párr. 25.

Además, la Sala de Definición tiene competencia para “ordenar que los procesos penales que se adelantan en contra de los agentes del Estado sean clausurados, independientemente del estado o etapa en que se encuentren”<sup>106</sup>, aspecto que precisaré al referirme a los *procedimientos* a seguir ante esta Sala.

## **b) Ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad**

La Sala de Reconocimiento somete a la Unidad de Investigación y Acusación (en adelante UIA) los casos con indicación de los que resulten más graves y de las conductas más representativas; una vez culminada la *investigación* la UIA enviará el *Escrito de Acusación* ante la sección de primera instancia del Tribunal, en la cual se adelantará un *procedimiento adversarial (o contradictorio)* que termina con una sentencia en la que se impondrá la sanción entre 15 a 20 años<sup>107</sup>.

## **8.2. COMPETENCIAS DE LA SALA DE DEFINICIÓN DE SITUACIONES JURÍDICAS**

Recordemos que los artículos 28 literales 6 y 8<sup>108</sup> y 44 de la Ley 1820 de 2016 enumeran las competencias de la Sala para conceder la resolución de la renuncia a la persecución penal para los agentes del Estado<sup>109</sup>.

Como se enunció en los literales f)<sup>110</sup> y h)<sup>111</sup> del citado artículo 84 de la Ley Estatutaria, se le asignó competencias a la Sala para adoptar la citada resolución

<sup>106</sup> COTE BARCO, GUSTAVO EMILIO, “Competencia y funcionamiento de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas”, en la obra colectiva *Ley de Amnistía*. Ob. cit., p. 434.

<sup>107</sup> Ley Estatutaria artículos 79, literal s), 87 literales a) y 92, y 34 a 44 de la Ley 1922 de 2018.

<sup>108</sup> La Corte Constitucional, en Sentencia C-007 de 2018 no argumentó la constitucionalidad de la renuncia a la acción penal prevista en el citado numeral 8, el cual es idéntico al contenido del literal h) del artículo 84 de la ley estatutaria, norma ésta declarada constitucional en Sentencia 080 de 2018, con argumentación evasiva que remite a la C-007. Llama la atención la intervención de la Fiscalía General de la Nación que argumenta citando la Fiscalía de la CPI y la CIDH que interpretan tratados internacionales y la Corte guarda silencio.

<sup>109</sup> La Sala adoptó el Protocolo N° 001 de 2018, y en el artículo 12 se enumeran taxativamente seis hipótesis en que se aplicará la renuncia a la persecución penal; adelante explicaré su inconveniencia.

<sup>110</sup> Literal f): “A petición del interesado, definir la situación jurídica de las personas que, sin pertenecer a una organización rebelde (...) es procedente renunciar al ejercicio de la acción penal (...); considero que implícitamente se está refiriendo a los agentes del Estado.

<sup>111</sup> Literal h): “Definir la situación jurídica de quienes no hayan tenido una participación determinante [entiéndase los no “máximos responsables”] en los casos más graves y representativos, en particular respecto de las conductas a que se refiere el artículo 23 de la Ley 1820 de 2016 (...). Una vez verificada la situación jurídica, adoptará las resoluciones necesarias, entre otras la renuncia a la acción penal (...), obviamente una vez se haya adelantado la investigación respectiva. Se está refiriendo a los que no se califiquen como “máximos responsables” de “delitos no amnistiables”, esto es, crímenes internacionales con

de la renuncia a la persecución penal para quienes no hayan tenido una “participación determinante”<sup>112</sup> en los delitos “más graves y representativos”. Reitero que el literal h) no tiene base en el AFP. En los literales j), k) e i) a la Sala se le atribuyó competencias con el mismo objetivo. El literal i) se refiere expresamente a agentes del Estado que gozan de dicho beneficio penal reglado exhaustivamente en los artículos 44 a 50 de la Ley Estatutaria<sup>113</sup>, abriendo una brecha a la impunidad generando inseguridad jurídica, ya que desconoce los derechos de las víctimas, lo cual argumentaré adelante. Estas son las competencias de las Salas de la JEP.

Finalmente, no olvidemos que “la justicia transicional no constituye una rama independiente del derecho, ni un estándar de justicia diferenciado, por lo que se deben juzgar e investigar **todos** los delitos”<sup>114</sup>(negrillas fuera del texto).

Concluyo esta parte precisando las *competencias* de la Sala de Reconocimiento de Verdad y la Sala de Definición. En el siguiente numeral examinaré los *procedimientos* a seguir ante estas salas, en particular la Sala de Definición, que *concede* la renuncia a la persecución penal, y la Fiscalía General de la Nación y los jueces penales que la *materializan*. “Los enjuiciamientos solo serán medidas de justicia reales si las víctimas y sus familiares participan efectivamente en los procesos”<sup>115</sup>. Demostraré que no habrá real participación procesal para ellas y, por ende, no obtendrán justicia.

---

estatus de *ius cogens*, quienes deben aportar verdad, contribuir con reparación y la no repetición de los hechos.

<sup>112</sup> Obsérvese que los literales f) y h) no dicen “máximos responsables”. El literal h) utiliza la expresión: “de quienes”, con lo cual se beneficiaría de la **renuncia a la acción penal** a los agentes del Estado y por supuesto a las FARC, abriendo así la brecha a la impunidad con el discreto silencio jurisprudencial de la Corte Constitucional propiciando inseguridad jurídica; adelante ampliaré el tema.

<sup>113</sup> El artículo 49 *in extenso* regula la renuncia a la persecución penal en la Ley 1922 de 2018.

<sup>114</sup> Intervención de Human Rights Watch durante el control de constitucionalidad del A.L. 01 de 2012 (MJP), véase Sentencia C-579 de 2013, párrs. 4-6.

<sup>115</sup> Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, PABLO DE GREIFF. Documento A/HRC/21/46, Asamblea General de las Naciones Unidas, agosto 9 de 2012.



## 9. MARCO PROCEDIMENTAL DE LA RENUNCIA A LA PERSECUCIÓN PENAL PARA AGENTES DEL ESTADO

La voluntad Constituyente<sup>116</sup> interpretada por la Corte Constitucional<sup>117</sup> irradiará parcialmente con su inconventionalidad la legislación de procedimientos de la JEP en el siguiente orden jerárquico, a saber: la Ley Estatutaria 1957 de 2019<sup>118</sup> de la JEP (en adelante la Ley 1957), y dos leyes ordinarias, la 1820 de 2016<sup>119</sup> y la 1922 de 2018<sup>120</sup>, además del Protocolo N° 001 de 2018<sup>121</sup>, que son las fuentes del derecho interno y desde la óptica del Derecho internacional “son más bien la fuente (*fons et origo*) de un acto ilícito internacional: a partir de su propia adopción (*tempus commisi delicti*), independientemente de su aplicación posterior, compromete la responsabilidad del Estado”<sup>122</sup>, por diseñar un procedimiento desigual para la aplicación de la renuncia a la persecución penal. Normativa legal que examinaré *in abstracto* para determinar la incompatibilidad parcial *in concreto* de dichas normas con la CADH<sup>123</sup>, por la existencia de millones de víctimas de graves violaciones a derechos humanos en el conflicto armado interno.

“Como ya ha manifestado la Comisión, el enfoque, el diseño y disposiciones del Marco Jurídico para la Paz marcan un cambio conceptual y provocan una serie de inquietudes y preocupaciones en materia de derechos humanos”<sup>124</sup>, que podrían concretarse en graves violaciones constitutivas de crímenes internacionales de *ius cogens* con la aplicación de la citada renuncia.

---

<sup>116</sup> Recordemos que el A.L. N° 1/12 –Marco Jurídico para la Paz (el MJP)–, y el A.L. N° 1/17 son reformas constitucionales transitorias que constitucionalizaron la priorización, selección y renuncia a la persecución penal como instrumentos inherentes a la justicia transicional.

<sup>117</sup> Corte Constitucional, Sentencias de control de constitucionalidad C- 579 de 2013 (A.L. 01 de 2012) y C- 647 de 2017 (A.L. 01 de 2017).

<sup>118</sup> Corte Constitucional, Sentencia de control de constitucionalidad C-080 de 2018.

<sup>119</sup> Corte Constitucional, Sentencia de control de constitucionalidad C-007 de 2017 (Ley 1820 de 2016).

<sup>120</sup> Corte Constitucional, Sentencia de control de constitucionalidad C-112 de 2019 (Ley 1922 de 2018).

<sup>121</sup> Este acto administrativo no tiene fundamento constitucional ni legal para su expedición por parte de la JEP, por las razones que adelante se expondrán, pero en términos generales se cita.

<sup>122</sup> Cfr. CANCADO TRINDADE, ANTONIO, Voto concurrente en el caso Barrios Altos contra el Perú, Sentencia de marzo 14 de 2011, y sentencia de interpretación de septiembre 2 de 2011.

<sup>123</sup> Cfr., CANCADO TRINDADE, ANTONIO, Voto concurrente en el caso “La última tentación de Cristo” contra Chile, Sentencia de febrero 5 de 2001, párr. 40, numeral 6.

<sup>124</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe país Colombia. Verdad, justicia y reparación*. OEA/Ser. L/V/II, Doc 49/13, diciembre 31 de 2013, párr. 354 (en adelante CIDH Informe Anual 2013 Colombia).

En efecto, “el Marco Jurídico para la Paz es un obstáculo para conseguir la paz y garantizar los derechos de las víctimas a la justicia, ya que esta norma permitiría la inmunidad para militares de una serie de atrocidades [por] permitir la renuncia condicionada a la persecución penal de casos no seleccionados (...) vulnera efectivamente los derechos humanos”<sup>125</sup>.

Como se expresó, el MJP (reformado por el artículo 3° del A.L. N° 1/17) es la base constitucional de la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados, mecanismo que carece de soporte en el Derecho internacional como lo argumentó Amnistía Internacional<sup>126</sup>. La base constitucional es incompatible con la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH (el acervo convencional), como lo demostraré.

Pretendo hacer una exposición exegética descriptiva y crítica de la citada normatividad constitucional, legal y administrativa relacionada con los procedimientos a seguir en la JEP, con el objeto de demostrar que la normativa está orientada para los victimarios (agentes del Estado y los ex-combatientes de las FARC-EP), sin la participación procesal efectiva de las víctimas, según la propia configuración y redacción de las normas declaradas constitucionales por la Corte Constitucional, soslayando la primacía del Derecho internacional que recomienda a los Estados adoptar un “enfoque orientado a las víctimas”<sup>127</sup>.

La citada normativa constitucional y legal ha sido objeto de control de constitucionalidad por la Corte Constitucional, sin haber sido sometida a un examen de confrontación normativa con la CADH, con el fin de establecer su inconventionalidad al restringir el deber de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar las graves violaciones a los derechos humanos e infracciones del DIH, que adquieren la connotación de crímenes internacionales con estatus de *ius cogens*. De similar forma la jurisprudencia constitucional resulta inconventional frente a la jurisprudencia de la Corte IDH, como se demostró en el capítulo anterior.

---

<sup>125</sup> Intervención de Human Rights Watch durante el proceso de constitucionalidad del A.L. 01 de 2012 ante la Corte Constitucional Sentencia C-579 de 2013, párrs. 4.2.1., 4.2. y 4.2.2.

<sup>126</sup> Intervención de Amnistía Internacional durante el proceso constitucional del A.L. 01 de 2012 ante la Corte Constitucional Sentencia C-579 de 2013, párr. 4.5. 2.

<sup>127</sup> Ver el Preámbulo de los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas”, ob. cit.

Al respecto, la Corte IDH le advierte a los Estados que deben “abstenerse de recurrir a medidas que pretendan impedir la persecución penal”<sup>128</sup>.

Citaré sentencias dictadas por la Corte IDH contra el Estado colombiano que producen efectos de cosa juzgada internacional, esto es, vinculación directa hacia las partes (*res judicata*)<sup>129</sup>, por lo cual el Estado-JEP debe acatar dicha jurisprudencia por ser de obligatorio cumplimiento. En ese sentido, la Corte ha señalado que las víctimas de graves violaciones de derechos humanos tienen derecho a acceder a la justicia, verdad y reparación y, por lo tanto, el Estado colombiano tiene el deber de garantía (artículo 1.1.) que comprende, entre otros, el deber de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar las graves violaciones de los derechos humanos (artículos 8 y 25, CADH). “El deber de garantía se deriva del artículo 1.1.”<sup>130</sup>, según la jurisprudencia de la Corte IDH<sup>131</sup>. “La obligación de enjuiciar y, si se les considera culpables, castigar, se desprende del deber de garantía”<sup>132</sup> consagrado en el artículo 1.1. de la CADH, “al igual que el derecho a un recurso rápido, sencillo, adecuado y efectivo a fin de lograr que los perpetradores sean juzgados y así las víctimas puedan obtener una reparación por el perjuicio causado”<sup>133</sup>.

Demostraré que la normativa legal que regula procesalmente la renuncia a la persecución penal de todos los casos no seleccionados para agentes del Estado viola los derechos de las víctimas a acceder a un juicio justo con efectivas garantías judiciales (art. 8) y protección judicial (art. 25), en relación con el deber de garantía (art. 1.1. CADH). “Si un Estado dejara de aplicar un tratado aplicando

---

<sup>128</sup> Corte IDH, **Caso Masacre de los 19 comerciantes contra Colombia**, Sentencia de julio 5 de 2004, párr. 263.

<sup>129</sup> Véanse el citado Voto razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, de marzo 20 de 2013, relativa a la supervisión de cumplimiento de sentencia en el Caso Gelman vs. Uruguay.

<sup>130</sup> GARRO VARGAS ANAMARI, *El derecho a la protección judicial. Análisis jurisprudencial del artículo 245 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 2016, pp. 154 a 159.

<sup>131</sup> Corte IDH, Caso Mapiripán, párr. 233, caso Pueblo Bello, párrs. 140, 141 y 147, y caso La Esperanza, párrs. 266 y 264; casos contra Colombia, citas de GARRÓ VARGAS.

<sup>132</sup> Corte IDH, Caso Almonacid Arellano, párr.110, cita de GARRÓ VARGAS.

<sup>133</sup> “Corte IDH, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (1987) párr. 91; caso Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras (1987) párr.90; caso Godínez Cruz vs. Honduras (1987) párr. 93; parr.93; caso Loayza Tamayo vs. Perú (1998) párr. 169; caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia (2007) párr. 145; caso Ximenes Lopes vs. Brasil (2006) párr. 147 y caso Vélez Loor vs. Panamá (2010) párr. 230”. Cfr. TARAPUES SANDINO, DIEGO FERNANDO, “El Sistema integral de justicia transicional y sus mecanismos para satisfacer el derecho a la justicia de cara al deber de investigar, juzgar y sancionar”, en la obra colectiva *Justicia transicional, reforma constitucional y paz*, Editorial Diké, Bogotá, 2017 p.159.

disposiciones contrarias de la ley interna comete un hecho ilícito internacional e incurriría en responsabilidad internacional ante la otra u otras Partes en el tratado”<sup>134</sup>.

La metamorfosis procesal del derecho de las víctimas al acceso a la justicia por la “aplicación de manera preferente” de la renuncia a la persecución penal de los victimarios en el procedimiento transicional ante la JEP<sup>135</sup>, además de ser una “falacia normativista”<sup>136</sup> que encubre la desigualdad procesal, desconoce la jurisprudencia *constante* de la Corte IDH<sup>137</sup>. “Las obligaciones resultantes del derecho internacional para asegurar el derecho al acceso a la justicia y a un **procedimiento justo e imparcial** deberán reflejarse en el derecho interno”<sup>138</sup> (negritas fuera del texto).

Estableceré que a partir del marco constitucional (art. 3° del A.L. 01 de 2017) y las leyes que lo desarrollan se diseña un procedimiento injusto y parcializado con un enfoque orientado a los victimarios, desconociendo “la lucha contra la impunidad” que adelantan los organismos internacionales de protección de los derechos humanos de la ONU<sup>139</sup>; ni lo uno ni lo otro se refleja en el derecho procesal transicional a partir del siguiente marco constitucional que desconoce la jurisprudencia *constante* de la Corte IDH.

---

<sup>134</sup> DIEZ DE VELASCO, MANUEL, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 15ª ed., Editorial Trotta, Madrid, 2005, p. 795.

<sup>135</sup> Los artículos 46 de la Ley 1820 de 2016, y 45 de la Ley Estatutaria 1957 de 2019, establecieron que la renuncia a la persecución penal debe ser “aplicada de manera **preferente**”, ventaja procesal para los agentes del Estado y carga procesal desproporcionada para las víctimas.

<sup>136</sup> Utilizo la denominación acuñada por AMBOS y ZULUAGA, *Justicia de transición y Constitución. A manera de introducción*. En: *Justicia de transición y Constitución*, ob. cit., p. 17.

<sup>137</sup> “Sobre el particular, Corte reitera su jurisprudencia *constante* en el sentido de que ninguna ley ni disposición de derecho interno puede impedir a un Estado cumplir con la obligación de investigar y sancionar a los responsables de derechos humanos”. Corte IDH, Caso Mapirirán contra Colombia, sentencia de fondo y reparaciones de septiembre 15 de 2005, párr. 302. “El deber de investigar es un deber estatal *imperativo* que deriva del derecho internacional y no puede verse atenuado por actos o disposiciones normativas internas de ninguna índole”. Corte IDH, Caso Vargas Areco contra Paraguay, sentencia de fondo y reparaciones de septiembre 26 de 2006, párr. 81. En similar sentido véanse los casos de Baldeon García contra Perú, Sentencia de abril 6 de 2006, párr. 157, y Gutiérrez Soler contra Colombia, sentencia de septiembre de 2005, párr. 54 (resaltado fuera del texto).

<sup>138</sup> Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas, Principio 12.

<sup>139</sup> Conjunto de principios actualizado para la Protección y Protección de los Derechos Humanos, mediante la lucha contra la impunidad, adoptado por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, E/CN.4/2005/102/Add.1, febrero 8 de 2005.

## 9.1. MARCO CONSTITUCIONAL

La reforma constitucional contenida en el artículo 3° del A.L. N° 1 de 2107 destaca como presupuesto de su contenido procesal lo siguiente: “Sin perjuicio del deber general del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, en el marco de la justicia transicional”.

Además, esta reforma constitucional regula los siguientes contenidos en el citado artículo 3°, a saber: criterios de selección de casos (i), y todos los casos no seleccionados (ii).

### a) Criterios constitucionales de selección

Son los que permiten centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables (i) de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática (ii)<sup>140</sup>: “La ley estatutaria tendrá en cuenta la gravedad y representatividad de los casos para determinar los criterios de selección”<sup>141</sup>.

“El Acto Legislativo 01 de 2017 contiene las siguientes restricciones a los derechos de las víctimas: (i) se confiere al Estado la potestad para centrar la función persecutoria de los delitos en los máximos responsables de los crímenes más graves y representativos (...) porque precisamente la reforma constitucional preserva expresamente el deber de criminalizar a los máximos responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra y únicamente permite la renuncia a la persecución de los delitos que no tienen esa connotación”<sup>142</sup>.

“Por tal razón, los meros ejecutores o perpetradores directos no interesan prioritariamente al modelo investigativo y judicial”<sup>143</sup>; estos son los autores que

---

<sup>140</sup> Artículo 3° del A.L. N° 1 de 2017.

<sup>141</sup> *Ibidem*.

<sup>142</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-647 de 2017.

<sup>143</sup> TARAPUES SANDINO, ob. cit., p. 164.

no tienen la condición de máximos responsables, por tanto, estos serían los casos que no se seleccionarían.

Los criterios de selección permiten establecer los casos en los que procedería la renuncia condicionada a la persecución judicial penal con restricciones a los derechos de las víctimas creando escenarios de desigualdad procesal que propician la impunidad.

## **b) Todos los casos no seleccionados**

Son aquellos a los que se aplicará la renuncia condicionada a la persecución judicial penal<sup>144</sup>. ¿Cuáles serían los casos según la Corte Constitucional?

“En este sentido, los casos no seleccionados serán aquellos que incluyan una de tres categorías: (i) Personas que no siendo máximos responsables hayan participado en la comisión de delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra, cometidos de manera sistemática. (ii) Personas que hayan cometido delitos que no sean considerados como crímenes de lesa humanidad, genocidio ni crímenes de guerra [...] (iii) Crímenes de guerra que no sean cometidos de manera sistemática, es decir, sin un nexo con el conflicto.

“En todo caso, el carácter condicionado de la renuncia implica que la misma no puede operar de manera automática respecto de todos los casos que no sean seleccionados, sino que exige el cumplimiento de una serie de requisitos *objetivos y subjetivos* que deberán ser determinados de manera muy clara en la ley estatutaria”<sup>145</sup> (cursivas fuera del texto).

A su vez, la Corte Constitucional precisa el contenido de esos requisitos *objetivos y subjetivos*.

---

<sup>144</sup> Cfr., artículo 3° del A.L. N° 1 de 2017.

<sup>145</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018, párr. 4.1.5.3. *La facultad constitucional de seleccionar y priorizar*. La Corte recuerda las tres categorías de los casos que no se seleccionarán. En otras palabras, la Corte reitera exactamente lo que argumentó por primera vez en la Sentencia C-579 de 2013, estableciendo las tres categorías, párr. 8.2.7. La renuncia a la persecución penal y la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Recordemos que el Estado se halla habilitado para la renuncia condicionada a la persecución judicial penal, según la Corte:

“(…) para no criminalizar a las personas que no tienen la calidad de máximos responsables (criterio subjetivo), y para no criminalizar aquellos delitos que no constituyen un delito de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra (criterio objetivo), universo este frente al cual, según el artículo 3° del A.L. 01 de 2017, es procedente la renuncia condicionada a la persecución judicial penal (…)”<sup>146</sup>.

En resumen, estas tres categorías y los dos criterios fueron construidos jurisprudencialmente por la Corte Constitucional interpretando el pensamiento del Constituyente reformador, y sin “un enfoque orientado a las víctimas”<sup>147</sup>; todo en función de los agentes del Estado y de las FARC-EP. En la redacción del citado artículo 3°, como se expresó, no se hace mención a las víctimas<sup>148</sup>, y en la citada jurisprudencia constitucional tampoco. Las víctimas tienen derecho a las garantías judiciales (art. 8°) y a la protección judicial (art. 25 de la CADH), siguiendo un procedimiento justo e imparcial ante la JEP:

“Tal como lo ha establecido la CIDH la jurisprudencia del Sistema Interamericano ha identificado como elementos esenciales de los derechos establecidos en los artículos 8 y 25 de la CADH, la investigación y enjuiciamiento de los casos de graves violaciones de derechos humanos”<sup>149</sup>.

Recordemos que las reformas transitorias (A.L. 01 de 2012 y A.L. 01 de 2017) constituyen el marco constitucional de la Ley Estatutaria 1957 de 2019 de la JEP, Ley 1820 de 2016 y la Ley 1922 de 2018, como se dijo, declaradas constitucionales por la Corte Constitucional, a pesar de originar un hecho internacionalmente ilícito a partir de su propia adopción, como diría CACADO TRINDADE.

---

<sup>146</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-674 de 2017, párr. 5.5.1.4. *El sistema de justicia*. La Corte establece los criterios subjetivo y objetivo a seguir para la renuncia a la persecución penal.

<sup>147</sup> Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas, Preámbulo.

<sup>148</sup> Véase el plegable publicitario de la JEP. Se trata de un plegable descriptivo de los órganos, de las competencias y los procedimientos en la JEP, y solo menciona a las víctimas entre paréntesis, es decir, que orgánicamente la JEP se centra en los victimarios FARC y agentes del Estado. Disponible en: <https://www.jep.gov.co/Paginas/Transparencia/Talento/Organigrama.aspx>

<sup>149</sup> CIDH, Informe Anual 2013, Colombia, ob. cit., párr. 353.

La Corte IDH “ha establecido que una norma [constitucional, legal o reglamentaria] puede violar *per se* el artículo 2 de la Convención, independiente de que haya sido aplicada en el caso concreto”<sup>150</sup>.

¿Cuáles serían los hechos a examinar a la luz de los criterios subjetivo y objetivo para la aplicación de la renuncia a la persecución penal?

### **c) Hechos que no son amnistiables ni indultables ni susceptibles de renuncia a la persecución penal**

Con este marco constitucional el Tribunal Constitucional precisó lo siguiente:

“(…) el legislador [<sup>151</sup>] y la Corte Constitucional [<sup>152</sup>] han definido los hechos que no admiten excepciones a la obligación de investigar, juzgar y sancionar y, que por consiguiente, **no son amnistiables ni indultables, ni susceptibles de renuncia incondicionada a la persecución penal**. Estos hechos son los crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra, así como otras graves violaciones a los derechos humanos tales como la violencia sexual, el reclutamiento de menores de edad, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, la toma de rehenes y graves privaciones de la libertad y la tortura”<sup>153</sup>.

Luego dicha Corte agregó:

“Adicionalmente, el Acto Legislativo 01 de 2012, previó que una ley estatutaria (...) podría «autorizar que se dé un tratamiento diferenciado (...) también para los agentes del Estado (...), en el artículo 17 del Acto Legislativo 01 de 2017 se estableció que el componente de Justicia del SIVJRN se aplica a los agentes del Estado» (...). En el artículo 21 de dicho Acto Legislativo, por su parte se dispuso, en relación con los miembros de la Fuerza Pública que (...) su

---

<sup>150</sup> Corte IDH, Caso Castillo Petrucci y otros contra Perú, Sentencia de mayo 30 de 1999, párr. 205.

<sup>151</sup> Cfr. Ley 1820 de 2016, artículo 23.

<sup>152</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-007 de 2018.

<sup>153</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-080 párr. 4.1.5.1. La amnistía como excepción a la obligación de investigar, juzgar y sancionar.



tratamiento sería simétrico en algunos aspectos, diferenciado en otros, pero siempre equitativo, equilibrado y simultáneo”<sup>154</sup>.

En efecto, el constituyente de 2012 en el inciso 1 previó “un tratamiento diferenciado para los distintos grupos armados al margen de la ley (...) y también para los agentes del Estado (...)”, y en el inciso 2 se estableció “la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados” (artículo transitorio 66). En ninguna parte el constituyente de 2012 clara y expresamente contempló la renuncia a la persecución penal como una forma de tratamiento diferenciado para los agentes del Estado.

El constituyente de 2017 tampoco en los artículos transitorios 17 (tratamiento diferenciado para agentes del Estado), 21 (tratamiento diferenciado para miembros de la fuerza pública), ni en el artículo 3° del A.L. 01 de 2017, expresamente contempló para los agentes del Estado como beneficio la renuncia a la persecución penal como una forma de tratamiento diferenciado. Quedó a la voluntad del legislador estatutario la regulación procesal del beneficio para dichos agentes.

Tal beneficio para los agentes del Estado lo justifica la Corte de la siguiente forma:

“Con fundamento en este marco constitucional, es posible otorgar tratamientos diferenciados para agentes del Estado, que se reflejen en tratamientos penales (...). El Proyecto de LE, así como lo hizo la ley 1820, **prevé para estos casos la renuncia a la persecución penal para agentes del Estado** responsables de delitos en los que la obligación de investigar, juzgar y sancionar **admite excepciones**, es decir, **para casos que no constituyen** graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. Este tratamiento penal fue declarado exequible por esta Corte en Sentencia C-007 de 2018. Así,

---

<sup>154</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-080 párr. 4.1.5.2. La renuncia a la persecución penal como tratamiento diferenciado para agentes del Estado.

la renuncia a la persecución penal corresponde al tratamiento penal simétrico, diferenciado y simultaneo para agentes del Estado”<sup>155</sup> (negritas fuera del texto).

¿Cómo el legislador desarrolló procedimentalmente este marco constitucional para enfocarse en investigar a los máximos responsables?

## 9.2. MARCO LEGAL

El legislador reguló el deber del Estado de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar como un “principio”, mientras que en el Derecho Internacional es una *norma (regla)* de obligatoria aplicación para hacer efectivas las garantías judiciales (art. 8) y la protección judicial (art. 25 de la CADH) para las víctimas y sus familiares, siguiendo un procedimiento justo y en “plena igualdad”<sup>156</sup> para las partes. Veamos.

En efecto, como un “principio” este deber internacional se reguló en el artículo 29<sup>157</sup> de la Ley Estatutaria 1957 y en el artículo 10<sup>158</sup> de la Ley 1820 de 2016. Sin embargo, es de resaltar que en la Ley 1922 de 2018 ni siquiera se mencionó como un “principio” el deber del Estado de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar (artículo 1); por el contrario, se establece la posibilidad de prelucir el proceso penal cuando “no se haga necesario” observar el citado deber internacional (artículo 50). En otras palabras, este deber sería renunciable.

Al respecto, la CIDH advierte: “Tomando en consideración que el deber de investigar y juzgar casos de graves violaciones de derechos humanos es irrenunciable, la selección y ausencia de investigación de esos casos plantea

---

<sup>155</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018, párr. 4.1.5.2. La renuncia a la persecución penal como tratamiento diferenciado para agentes del Estado.

<sup>156</sup> “Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad (...)”, artículo 8.2. CADH. DUDH, artículo 10.

<sup>157</sup> “*Deber del Estado de investigar, esclarecer, perseguir y sancionar.* En materia de justicia, conforme al DIDH, el Estado colombiano tiene el deber de debida diligencia en la investigación, esclarecimiento, perseguir y sanción de las graves violaciones del DIDH y las graves infracciones del DIH”.

<sup>158</sup> “*Deber de investigar, esclarecer, perseguir y sancionar.* Lo previsto en esta ley no se opone al deber del Estado colombiano de investigar, esclarecer, perseguir y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones del DIH, conforme a lo establecido en el acuerdo de JEP”. En otras palabras, la ley que incorpora al derecho interno este deber internacional está sometida a un acto político (el AFP), que protege los intereses de los victimarios.

incompatibilidades con las obligaciones internacionales del Estado”<sup>159</sup> (subrayado fuera del texto).

¿A cuáles obligaciones internacionales se refiere?

“Los compromisos internacionales adquiridos por Colombia se encuentran en diferentes instrumentos internacionales, el Marco Jurídico para la Paz contradice esas obligaciones al permitirle al Congreso que a través de una *ley estatutaria* determine criterios de selección para enfocarse en investigar penalmente a los máximos responsables de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra y permitir la renuncia a la persecución penal de casos no seleccionados”<sup>160</sup> (cursivas fuera del texto).

“En ese sentido, la Comisión reitera al Estado que, tanto en el análisis del Marco Jurídico para la Paz como en la elaboración y discusión de las *leyes estatutarias* derivadas del mismo, deben tomarse en cuenta los estándares internacionales de derechos humanos pertinentes”<sup>161</sup> (cursivas fuera del texto).

Sin observar la precitada y contundente argumentación internacionalista, en relación con la configuración normativa de las leyes, el Congreso colombiano aprobó la Ley Estatutaria 1957 de 2019 de la JEP con un enfoque orientado a los victimarios y no a las víctimas<sup>162</sup>. Este diseño normativo desconociendo el acceso a la justicia como un derecho universal<sup>163</sup> viola el *principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación*<sup>164</sup>, como adelante lo demostraré.

Según el ex-Juez GARCÍA RAMÍREZ, no “hay autentica igualdad cuando comparecen ante el Tribunal un contendiente poderoso, bien provisto de medios de defensa, y un litigante débil, que carece de los elementos para probar y alegar

---

<sup>159</sup> CIDH, Informe Anual 2013, Colombia, párr. 354.

<sup>160</sup> Intervención de Human Rights Watch durante el proceso de constitucional del A.L. 01 de 2012 (MJP), párr. 4.2.2.

<sup>161</sup> CIDH, Informe Anual 2013, Colombia, ob. cit., párr. 356.

<sup>162</sup> Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas, Preámbulo.

<sup>163</sup> DUDH, artículo 10.

<sup>164</sup> Corte IDH, OC-18/03, Opinión Consultiva, ob. cit., párr. 101.

en su defensa.”<sup>165</sup>. En otras palabras, sin “igualdad de armas” las víctimas comparecen al proceso<sup>166</sup>, según la siguiente regulación normativa de una Ley Estatutaria, la de mayor jerarquía entre las leyes.

#### **a) La Ley Estatutaria 1957 de 2019 de la administración de justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz**

Del artículo 44 al artículo 50 de la Ley Estatutaria 1957 de 2019 de la JEP (en adelante Ley Estatutaria) se reguló la renuncia a la persecución penal para los agentes del Estado, bajo el título “*mecanismos de tratamiento especial diferenciado para agentes del Estado*”.

A partir de esta ley estudiaré los mecanismos constitucionales procesales de selección y la renuncia a la persecución penal (artículo 19). A la luz del artículo 73 de la Ley Estatutaria, la ley ordinaria 1820 de 2016, y la ley 1922 de 2018 explicaré los procedimientos a seguir para la aplicación de estos mecanismos siguiendo la jurisprudencia constitucional con el objeto de demostrar la inconventionalidad en las páginas que siguen.

Como se recordará, en el A.L. 01 de 2012 (MJP) se creó la renuncia *condicionada* a la persecución *judicial* penal. Es de advertir que en las citadas tres leyes se suprimieron los vocablos *condicionada* y *judicial*, por tanto, en adelante trataré de la renuncia a la persecución penal.

Comienzo con los procedimientos transicionales diseñados estatutariamente (artículo 73). ¿De quién depende la iniciativa procesal para la activación de los procedimientos a seguir ante la JEP? En gran parte de la Fiscalía General de la

---

<sup>165</sup> Corte IDH, OC-18/03, Voto del Juez Sergio García Ramírez, párr. 18. OC-25/18, Opinión Consultiva ob. cit., párr. 170.

<sup>166</sup> Por ejemplo, uno de los “máximos” comandantes de las FARC ordenó reclutar forzosamente a una campesina menor de 15 años, la violó y la obligó a abortar; los guerrilleros de “bajo rango” también la violaban. Recordemos que los comandantes han negado la violencia sexual y recientemente también el crimen de reclutamiento forzado de menores. Dicho comandante se “rearmó” en agosto de 2019 y la víctima sin pruebas comparece al proceso. En la JEP ¿quién le dirá la verdad? y ¿quién la reparará? *El cinismo irrespetuoso de los ex-Farc*, Diario El Espectador, Bogotá, julio 23 de 2020, p. 16.

Nación<sup>167</sup> y los victimarios. ¿Y las víctimas cómo acceden a la justicia? Ellas tendrán derecho a la presentación de Informes por medio de Organizaciones de víctimas<sup>168</sup>, aportando pruebas. “Ello no significa que pudieran actuar como partes legitimadas activamente en todas las fases del procedimiento, dado que ello podría resultar incompatible con la eficacia procesal del sistema”<sup>169</sup>, argumenta el asesor jurídico de las FARC.

En la práctica se observan las limitaciones al acceso a la justicia que señalan las mismas Organizaciones de víctimas: “(...) si una víctima no se agrupa a una Organización no va a tener la posibilidad de presentarlos (*Minga*)”.

“Ahí hay un vacío grandísimo; de la información a la presentación del Informe hay un abismo grandísimo (*Fasol*)”<sup>170</sup>.

“Que la investigación no dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de la aportación privada de pruebas”<sup>171</sup>, porque ello implicaría la violación de las garantías judiciales y la protección judicial (arts. 8.1. y 25 CADH) y el desconocimiento de la jurisprudencia interamericana que citaré.

## 1) Procedimientos a seguir

“En la JEP se aplican dos procedimientos:

“1. Procedimiento en caso de reconocimiento de verdad y reconocimiento de responsabilidad.

---

<sup>167</sup> A.L. 01 de 2017, artículo transitorio 15 y Ley Estatutaria, artículo 79, literal b), según los cuales la Fiscalía General de la Nación presenta los Informes con base en los que la Sala de Reconocimiento de Verdad abre los macrocasos.

<sup>168</sup> Ley 1922 de 2018, artículo 27 D y Ley Estatutaria, artículo 79, literal c) que luego explicaré.

<sup>169</sup> SANTIAGO ROMERO, *La JEP: instrumento de paz, justicia y verdad*, ob. cit., p. 175.

<sup>170</sup> VEGA DUEÑAS, LORENA CECILIA, “Participación de las víctimas en la JEP: especial referencia a los Informes de las organizaciones de las víctimas étnicas y de derechos humanos”, en *Vniversitas* N° 69. Disponible en: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj69.pvje>.

<sup>171</sup> RINCÓN, TATIANA, *Verdad, justicia y reparación. La justicia de la justicia transicional*, Universidad del Rosario, Bogotá, p. 146. Cita los casos contra Colombia de las Masacres de Ituango, Sentencia de julio 1° de 2006, párr. 296, y Masacre de Pueblo Bello, Sentencia de enero 31 de 2006, párr. 144.

“2. Procedimiento en caso de ausencia de reconocimiento de verdad y reconocimiento de responsabilidad”<sup>172</sup>.

Esta regulación indica que, según el comportamiento procesal de los victimarios, se activa uno u otro procedimiento.

Según la Corte Constitucional: “(...) el contenido del presente artículo [19 criterios de selección de casos y la renuncia a la persecución penal] se fundamenta en: el principio de reconocimiento según el cual debe existir verdad plena sobre lo ocurrido y del principio de reconocimiento de responsabilidad por parte de todos quienes participaron de alguna manera en graves violaciones a los derechos humanos y graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario”<sup>173</sup>.

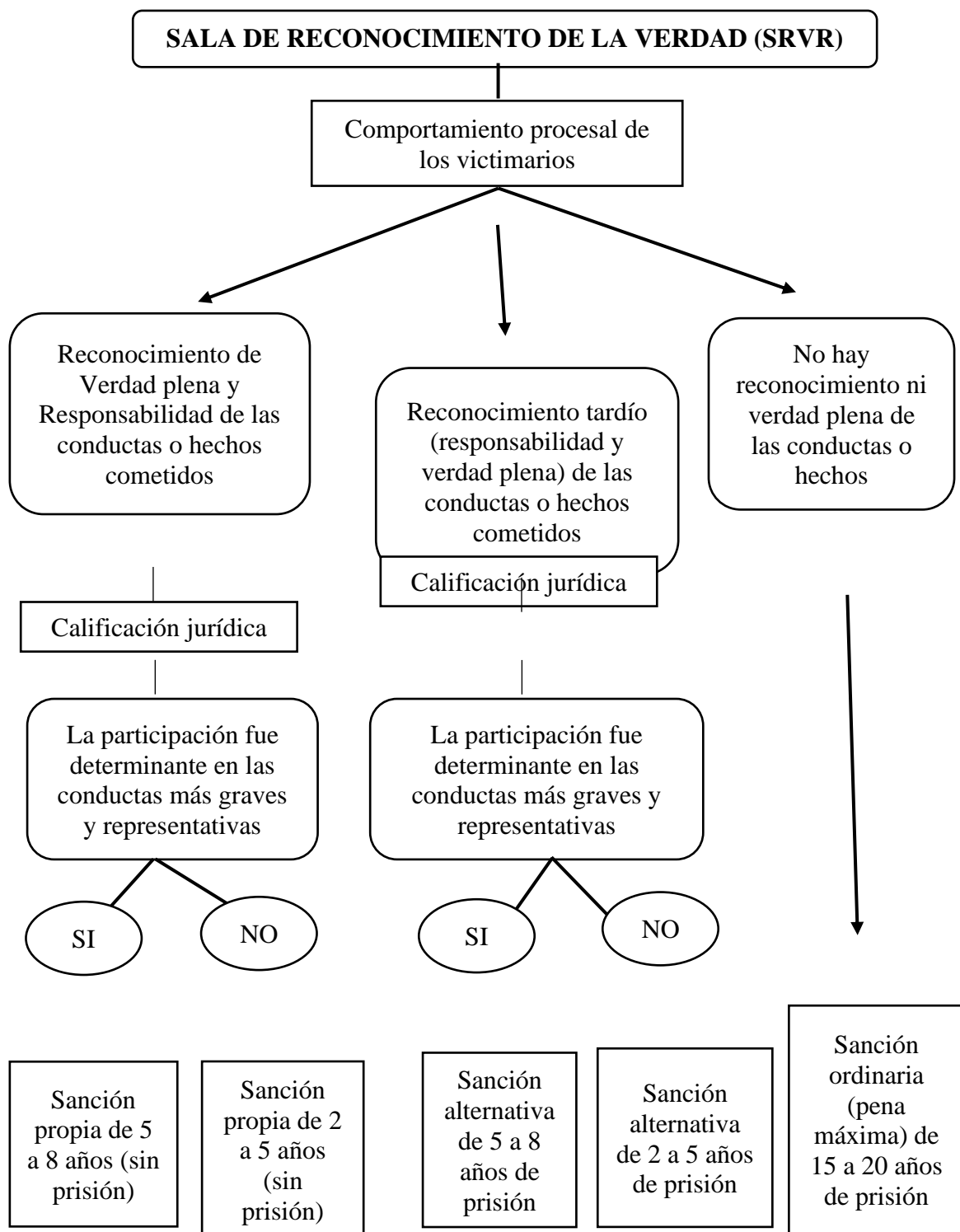
Es claro que los agentes del Estado y los ex-FARC-EP, al someterse a la JEP, deben prometer observar estos principios si quieren obtener beneficios penales, los cuales dependen de si la *participación* fue o no *determinante* en las *conductas más graves y representativas*, calificación jurídica que corresponde a la Sala de Reconocimiento (SRVR), que se explica con la siguiente gráfica<sup>174</sup>.

---

<sup>172</sup> Ello explica por qué la Ley 1820 técnicamente está estructurada en dos grandes partes: tratamientos penales especiales para las FARC-EP, las amnistías e indultos (artículos 15 al 43), y tratamientos penales especiales diferenciados para agentes del Estado —entre otros, la renuncia a la persecución penal— (artículos 44 al 59) sin regulación procedimental. En similar forma, en la Ley 1922 son dos: proceso en caso de reconocimiento de responsabilidad (artículos 27 al 33), y proceso en caso de ausencia de reconocimiento de verdad (artículos 34 al 38).

<sup>173</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018.

<sup>174</sup> Cartilla pedagógica para la presentación de informes ante el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No repetición realizada por LILY GRESSON y otros, ob. cit., p. 21, con correcciones y modificaciones de LAURA LORENA ÁRDILA ÁVILA, bajo la dirección del autor.



¿Cuál sería la sanción para quienes no tuvieron una participación determinante?  
 Estos casos no se seleccionarían y, por ende, se concedería la renuncia a la persecución penal y no tendrían sanción, según el artículo 129 que remite a las

excepciones contempladas en el literal h) del artículo 84 de la Ley estatutaria<sup>175</sup>; tema que ampliaré en el siguiente epígrafe.

¿Cómo interactúan la Sala de Verdad y la Sala de Definición para la aplicación del principio de selección? “La competencia *global* de la aplicación de la facultad de selección, es de la SRVR. En una etapa posterior, para los hechos no seleccionados, la SDSJ definirá la no selección en el caso concreto y concederá los tratamientos penales especiales que correspondan”<sup>176</sup>, por ejemplo, la renuncia a la persecución penal para los agentes del Estado.

Ahora, ¿cómo se interrelaciona la aplicabilidad del principio de selección y la renuncia a la persecución penal? La respuesta hay que darla respecto de si la participación fue determinante (entiéndase máximos responsables) de las conductas más graves y representativas. Si la participación no fue determinante la Sala de Verdad no seleccionaría el caso y la Sala de Definición concedería la renuncia a la persecución penal.

A continuación, explico cómo se aplicaría el principio de selección según la interpretación de la Corte Constitucional al referirse a los máximos responsables. ¿Y quiénes no tuvieron una participación determinante?

## **2) Aplicabilidad del principio de selección en los procedimientos<sup>177</sup>**

En desarrollo del artículo 3° del A.L. 01 de 2017, en el artículo 19 de la LE 1957 se enumeraron cinco criterios de selección. “Con respecto a las personas y hechos que no sean objeto de selección, se podrá renunciar al ejercicio de la acción penal”, preceptúa el inciso 1.

Al respecto, la Corte Constitucional expresa:

---

<sup>175</sup> El artículo 129 establece la sanción entre 2 y 5 años “para quienes no hayan tenido una participación determinante en las conductas más graves y representativas, aun interviniendo en ellas”, salvo que se trate de las hipótesis contempladas en el literal h) del artículo 84”. Obsérvese que el literal h) sólo se refiere: “(...) de quienes no hayan tenido una participación determinante (...)” los cuales no tendrían sanción alguna, porque se beneficiarían con **la renuncia a la acción penal**, excluyendo deliberadamente a las víctimas del acceso pleno a la justicia; normativa manifiestamente incompatible con el acervo convencional.

<sup>176</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018.

<sup>177</sup> Artículo 19 de la Ley Estatutaria 1957 de 2019 de la JEP.



“En la selección persiste «*el deber general del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario*» (art. 66 transitorio C.P.), pero está facultado a atribuir la sanción a los máximos responsables de los delitos más graves y representativos, de manera que los otros responsables reciben el tratamiento de no enfrentar investigación ni sanción”<sup>178</sup> (subrayado fuera del texto).

En la oración gramatical que subrayo la Corte se está refiriendo a los autores que sean calificados como los “no máximos responsables”<sup>179</sup>, cuyos casos no se seleccionarán renunciando a la persecución penal, argumentación con la cual el Tribunal abona el terreno para justificar la constitucionalidad condicionada del parágrafo segundo del artículo 19, cuyo texto expresa:

“Parágrafo 2. En ningún caso podrá renunciarse al ejercicio de la acción penal cuando se trate de delitos no amnistiados, según lo establecido en el parágrafo del artículo 23 de la ley 1820 de del 30 de diciembre de 2016”<sup>180</sup>.

En efecto, la Corte declaró constitucional en forma condicionada esta norma, en el entendido de que la renuncia a la persecución penal queda sometida a “aquellos delitos que tengan la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, los cuales podrán ser atribuidos a los máximos responsables”<sup>181</sup> (subrayado y negrillas fuera del texto).

Y los “autores que no sean calificados como los máximos responsables”, por ejemplo, agentes del Estado “de bajo rango” que podrían beneficiarse de la renuncia a la persecución penal. ¿Qué dijo la Corte? “La sentencia de la Corte determinó que la JEP tenía competencia para renunciar a la acción penal por

---

<sup>178</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018, párr. 4.1.5.3. *La facultad constitucional de seleccionar y priorizar*.

<sup>179</sup> Entiéndase “quienes no hayan tenido una participación determinante” como se explicó.

<sup>180</sup> La interpretación constitucional condicionada de este párrafo por la Corte Constitucional propició las objeciones presidenciales por inconveniencia al proyecto de LE de la JEP ante el Congreso, con fundamento en una carta del Fiscal General de la Nación que advirtió la eventual impunidad que el gobierno destacaría en dichas objeciones. Disponible en: [https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Carta\\_LeyEstatutariaJEP.pdf](https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Carta_LeyEstatutariaJEP.pdf).

<sup>181</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018, párr. 4.2. Obsérvese que es la misma Corte que utiliza el calificativo de “máximos responsables”, y no el de “participación determinante” de que trata el inciso 1 del artículo 19 declarado constitucional.

crímenes tipificados en el derecho penal internacional, siempre y cuando no se tratara de los máximos responsables”<sup>182</sup>. Se abre así una brecha a la impunidad.

No obstante, luego la Corte agrega: “Sobre el alcance de este condicionamiento son necesarias las siguientes precisiones, dice la Corte: “(...). En ningún caso la JEP puede dejar de seleccionar «*los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática*»” (art.66 transitorio C.P.). Esto sin perjuicio de entender que la JEP debe propender a la selección de la mayor cantidad de hechos que sea posible *investigar* en un *plazo razonable*”<sup>183</sup>. ¿Y los demás hechos que no se seleccionen atribuibles, por ejemplo, a los “autores que no sean calificados como los máximos responsables” se quedarían en la impunidad?

Al respecto, el gobierno colombiano formula las objeciones al citado párrafo 2 y expresa lo siguiente:

“Esta norma [se refiere al párrafo segundo del artículo 19], junto con la condicionalidad de la Corte Constitucional, permite entender a *contrario sensu* que procede la renuncia al ejercicio de la acción penal de crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática para autores que **no fueron máximos responsables**, y que incluso puede dejarse de lado la obligación del Estado de investigar y garantizar el derecho a la justicia de las víctimas”<sup>184</sup>.

El condicionamiento de la constitucionalidad del párrafo 2 del artículo 19 de la Ley 1957 también lo censura el gobierno, por el hecho de eximir “de responsabilidad penal a quienes, *a pesar de haber cometido estos crímenes*, no sean considerados «los máximos responsables»”<sup>185</sup> (cursivas fuera del texto).

---

<sup>182</sup> CRISTO, JUAN FERNANDO y RIVERA, GUILLERMO, *Disparos a la paz*, Bogotá, Editora Géminis, 2019, p. 158.

<sup>183</sup> *Ibidem*.

<sup>184</sup> Objeciones presidenciales por inconveniencia al proyecto de Ley N° 08 de 2017 SENADO, 016 de 2017 CAMARA, Gaceta del Congreso N° 112 de marzo 11 de 2019, p. 9.

<sup>185</sup> *ABC de las objeciones al proyecto de LE de la JEP*, Cancillería de Colombia, Bogotá, marzo 11 de 2019, p. 4. Disponible en: <https://www.cancilleria.gov.co/en/newsroom/news/abc-objeciones-proyecto-ley-estatutaria-jep>

Se observa que el gobierno y la Fiscalía General de la Nación no argumentaron la inconveniencia de la declaración condicionada de constitucionalidad del párrafo 2 del artículo 19 de la Ley 1957, porque no citaron los tratados internacionales que se violan con dicha constitucionalidad condicionada, argumentación que me corresponde desarrollar como parte del tema central de mi tesis doctoral.

La inconveniencia que alego apunta a que, en ningún caso, podrán ser objeto de renuncia a la persecución penal cuando se trate de los autores que “no sean calificados como los máximos responsables” de crímenes internacionales con estatus de *ius cogens* porque se violaría el acervo convencional (la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH), como lo he venido demostrando, e incumpliría con las obligaciones derivadas del Estatuto Penal de Roma que adelante argumentaré.

En efecto, “el Estatuto no contiene ninguna limitación a las persecuciones penales basada en el nivel de autoridad que el autor tenía”<sup>186</sup>. “El estándar del Estatuto de Roma implica que el derecho interno no puede establecer ningún tipo de amnistía ni beneficio semejante a los autores de crímenes internacionales, sean o no máximos responsables. En síntesis, cualquier brecha de impunidad y, sobre todo, que implique abstenerse de investigar y sancionar a todos los autores implicaría abrir puertas a la competencia de la justicia internacional”<sup>187</sup>.

El anterior sería un avance de mi argumentación que podría denominar sustantiva. Desde otro punto de vista, a continuación expondré mi argumentación procesalista para demostrar la inconveniencia parcial de la normativa procesal excluyente de las víctimas, relacionada con la aplicación de la renuncia a la persecución penal para los agentes del Estado en todos los casos que no se seleccionen, lo que conduciría a la impunidad ante la

---

<sup>186</sup> STEWART, Fiscal Adjunto de la Corte Penal Internacional, *La Justicia Transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional*, ob. cit., p. 15.

<sup>187</sup> MARTÍNEZ NEIRA, NÉSTOR HUMBERTO, *Las dos caras de la paz*, Editorial Planeta, Bogotá, 2019, pp. 202 y 203.

indefensión de las víctimas durante el procedimiento transicional que califico *in abstracto* de desigual y discriminatorio<sup>188</sup>.

Al respecto, “(...) la Comisión se permite reiterar las consideraciones sobre el marco normativo en procesos de justicia transicional, de acuerdo al criterio sostenido de forma constante en su jurisprudencia (...), el Estado debe observar la obligación de investigar las graves violaciones de derechos humanos”<sup>189</sup>; para lograrlo los Estados, en cumplimiento de las obligaciones internacionales para asegurar el derecho de acceso formal y material a la justicia de las víctimas, deben reglar legalmente un *procedimiento* justo y en “plena igualdad”<sup>190</sup> para las partes con enfoque orientado a la víctimas<sup>191</sup>.

Como se explicó, la Ley 1957 regló dos procedimientos, *in abstracto*, con un enfoque orientado a los victimarios; mediante la Ley ordinaria 1820 se hará operativa procesalmente la renuncia a la persecución penal que no estableció un procedimiento garantizando la “plena igualdad” procesal y propicia la discriminación de las víctimas. Con la expedición y aplicación de dicha normativa legal se desconoce la jurisprudencia interamericana: “En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*”<sup>192</sup>. A continuación seguiré demostrando la inconventionalidad parcial de la citada normativa legal y la que sigue.

---

<sup>188</sup> Desconociendo el Preámbulo de los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas, adoptando como eje transversal un «enfoque orientado a las víctimas». FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI CARLOS, *Nuevos Desarrollos en el Derecho Internacional de los derechos humanos: los derechos de las víctimas*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra (Pamplona) 2014, p. 66.

<sup>189</sup> CIDH, Informe Anual 2013, Colombia, párr. 356.

<sup>190</sup> “Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad (...)”, artículo 8.2. CADH. DUDH, artículo 10.

<sup>191</sup> Cfr. Ver numeral VIII Acceso a la justicia, “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas”.

<sup>192</sup> Corte IDH, OC-18/03, Opinión Consultiva, párr. 101.

## **b) Ley 1820 de 2016<sup>193</sup> de amnistía e indulto y tratamientos penales especiales diferenciados**

En el Título III, Capítulos I al IV (artículos 15 a 43) se regularon las amnistías, indultos y otros tratamientos penales especiales para las FARC-EP. En el Título IV, Capítulos I al IV (artículos 44 a 50) se regularon los tratamientos penales especiales diferenciados para agentes del Estado, entre otros, la renuncia a la persecución penal.

[Este es un] “aspecto relevante de la Ley 1820 de 2017 [...] el tratamiento diferenciado entre las FARC-EP y los agentes del Estado –véanse por ejemplo los artículos 2º, 3º y 9º– con fundamento en el cual prevé la amnistía para los primeros –artículo 17– y la renuncia a la persecución penal para los segundos – artículos 44 y ss.–.

“Esta diferenciación no tiene ninguna base en el derecho internacional. De hecho, la idea subyacente del tratamiento diferenciado no existe en el DIH, pues desde la perspectiva del derecho internacional Estado y guerrilla son solo partes en el conflicto”<sup>194</sup>.

En este sentido, Amnistía Internacional nos recuerda que “no existe un instrumento internacional que autorice renunciar a la persecución de los responsables de crímenes de derecho internacional”<sup>195</sup>.

“En cuanto a los enjuiciamientos selectivos (...), no resulta posible encontrar una base cierta en el derecho internacional para fundamentar que un Estado puede escoger los crímenes de derecho internacional/violaciones a los derechos

---

<sup>193</sup> Se debe aclarar que la LE de la JEP ha debido entrar en vigencia antes de diciembre 31 de 2016, fecha de la entrada en vigencia de la Ley ordinaria 1820 de jerarquía inferior a aquella. La LE 1957 entró en vigencia a partir del 6 de junio de 2019. No obstante, la JEP así ejerció sus competencias.

<sup>194</sup> AMBOS, KAI, “La ley de amnistía (Ley 1820 de 2016) y el marco jurídico *Internacional*”, en la obra colectiva *Justicia transicional y derecho penal internacional*, Universidad Externado de Colombia, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2018, p. 120.

<sup>195</sup> Intervención de Amnistía Internacional durante el proceso de constitucionalidad del A.L. 01 de 2012 ante la Corte Constitucional.

humanos que han de ser castigados y aquellos que deben quedar sin sanción”<sup>196</sup>.

Si el tratamiento diferenciado no existe en el DIH que sería el género, la renuncia a la persecución penal que es su especie tampoco existe en el Derecho Internacional, según voces de Amnistía Internacional, que a su vez implícitamente contradice el sustento del AFP<sup>197</sup>.

De modo que el único fundamento de la renuncia a la persecución penal son las normas constitucionales transitorias (A.L. 01 de 2012 y A.L. 01 de 2017) que le sirven de base, y como lo vengo demostrando son normas manifiestamente incompatibles con el acervo convencional (la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH) y, por ende, su inconventionalidad irradia la legislación que regula los procedimientos para el otorgamiento y materialización de la renuncia a la persecución penal.

Desde otro enfoque, el SIVJNR “parte de la concesión de amnistías e indultos para delincuentes políticos [guerrilleros de las FARC-EP] y de la renuncia a la persecución penal para aquellos individuos que constitucionalmente no pueden ser amnistiados ni indultados por no ser delincuentes políticos, tal es el caso de los miembros de la fuerza pública [agentes del Estado]”<sup>198</sup>.

Como se anunció, solo nos ocuparemos de la parte procesal del otorgamiento y materialización de la renuncia a la persecución penal, y la precaria participación de las víctimas y sus familiares durante el procedimiento transicional, según el diseño constitucional, legal y reglamentario procesal pro-victimario que comienzo a explicar resolviendo previamente la siguiente pregunta: ¿Quiénes son agentes del Estado?

---

<sup>196</sup> CHINCHON ÁLVAREZ, JAVIER, *Derecho internacional y transiciones a la democracia y a la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, ediciones Parthenon, Madrid, 2007, p. 522.

<sup>197</sup> “[E]l tratamiento especial, simultáneo, equilibrado y equitativo basado en el Derecho Internacional Humanitario”, página 152, párrafo 44 del punto 5 del AFP. Esta base no tiene fundamento en el Derecho internacional.

<sup>198</sup> TARAPUES SANDINO, ob. cit., p. 175.

## 1) Los agentes del Estado y su misión institucional<sup>199</sup>

Debemos precisar que la expresión “agentes del Estado” no limita la competencia de la JEP a los miembros de la fuerza pública; es posible afirmar que con “agentes del Estado” se está haciendo alusión a todos los “servidores públicos”, al menos en sentido estricto. Existe diferencia entre Agentes del Estado (como género) y miembros de la fuerza (como especie)<sup>200</sup>. La importancia de esta precisión la veremos al enumerar las personas beneficiarias de la renuncia a la persecución penal.

La Corte Constitucional expresó lo siguiente: “(...) los agentes de la Fuerza Pública tienen la función de ejercer el monopolio legítimo de las armas, y, son, por lo tanto, garantes de los derechos fundamentales”<sup>201</sup>. “Que se le dé un tratamiento especial a quien tiene el monopolio legítimo de las armas para defender a su población, pero que lo usa para volverlo una guerra contrainsurgente y cometer atrocidades contra la población **no tiene soporte en el Derecho Internacional Humanitario ni en el Estatuto de Roma**”<sup>202</sup> (negritillas fuera del texto). Por ello es que resulta ilegítimo que con las armas estatales dichos agentes violen los derechos humanos y merezcan beneficios penales como la renuncia a la persecución penal, porque sería doblemente ilegítimo, además de ser contrario a los fines esenciales del Estado<sup>203</sup>; por tanto, es inconvencional dicho proceder, como lo demuestro a continuación.

---

<sup>199</sup> “En el caso de los agentes del Estado, la aplicación de la JEP parte del reconocimiento de que el Estado tiene como fin esencial proteger y garantizar los derechos de todos los ciudadanos, y tiene la obligación de contribuir al fortalecimiento de las instituciones”, p. 149, párr. 5 del núm. 32 del punto 5 del AFP. Adelante agregó: “En concordancia con lo anterior, respecto a los agentes del Estado, se establece un tratamiento especial, simultáneo, equilibrado y equitativo basado en el DIH”, página 152, párrafo 44 del punto 5 del AFP.

<sup>200</sup> Cfr. “La diferencia fue reconocida desde la exposición de motivos del AL 01 de 2017 en la cual se hizo referencia a «la importancia de involucrar a los agentes del Estado, especialmente a los miembros de la fuerza pública, en la implementación de mecanismos de justicias transicional». APONTE CARDONA, ALEJANDRO DAVID, “Tratamiento penal especial, simétrico, simultáneo, equilibrado y equitativo”, en la obra colectiva *Ley de Amnistía. Comentario completo y sistemático*, Editorial Temis, Bogotá, 2019., pp. 97 y 98.

<sup>201</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-007 de 2018, párr. 627. Véase Sentencia C-112 de 2019, que declaró inconstitucional parcialmente el párrafo 2 del artículo 11 de la Ley 1922.

<sup>202</sup> Fuerza Pública en la JEP ¿tratamiento preferencial?, CAROLINA ÁVILA entrevista a DIANA ISABEL GÜIZA, diario El Espectador, abril 14 de 2020. Véase 12 mayo 12 de 2020, p. 10.

<sup>203</sup> “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes, creencias y demás derechos y libertades”, inciso 2 del artículo 2. “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona”, Título I, *De los principios fundamentales*. “Las fuerzas militares tendrán como finalidad primordial (...) la defensa del orden constitucional”, artículo 217, Constitución de Colombia de 1991 “fundada en el respeto de la dignidad humana” (artículo 1).

## 2) Definición de renuncia a la persecución penal<sup>204</sup>

De los artículos 45 y 46<sup>205</sup> de la Ley 1820 se puede extraer una definición de la renuncia a la persecución penal con el siguiente contenido:

“Es un mecanismo de tratamiento penal especial diferenciado para agentes del Estado propio del sistema integral mediante el cual **se extingue la acción penal, la responsabilidad penal y la sanción penal (...)**”<sup>206</sup>, “a quienes hayan sido condenados, procesados o señalados de cometer conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado”<sup>207</sup> (negritas fuera del texto).

De la definición anterior se desprende que no habría investigación, ni enjuiciamiento ni condena de los agentes del Estado responsables, lo que generará impunidad<sup>208</sup>; es decir que a las víctimas y sus familiares no se les aseguraría con eficacia el acceso a la justicia como un derecho universal, según la citada normativa examinada, que por su propia existencia y aplicabilidad, *per* se compromete la responsabilidad internacional de un Estado Parte en la CADH<sup>209</sup>.

Este mecanismo que debe “ser aplicado de manera preferente en el derecho penal colombiano”<sup>210</sup>, como se dijo, con un enfoque orientado a los victimarios, podría garantizar su impunidad.

---

<sup>204</sup> Fundamento jurídico: C.P., art. 66; Acto Legislativo 1 de 2017, art. Trans. 18; Ley 1820 de 2016, arts. 14, 28, 31, 34, 42, 44, 45, 46 y ss., y Ley 1922 de 2018, art. 49. Véase Tribunal para la Paz, sección de apelación, sentencia interpretativa de abril 3 de 2019, párr. 150.

<sup>205</sup> El contenido del artículo 46 de la Ley 1820 es idéntico al contenido del artículo 45 de la LE 1947. El artículo 46 no dice “condicionada” ni “judicial”; como tal desaparecieron estos vocablos de estas leyes, como se advirtió.

<sup>206</sup> Artículo 46 de la Ley 1820.

<sup>207</sup> *Ibidem*.

<sup>208</sup> “(...) entiéndase como impunidad la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos humanos protegidos por la Convención Americana”. Corte IDH, Caso de la Panel Blanca (Paniagua Morales y otros) contra Guatemala, Sentencia de marzo 8 de 1998, párr. 173.

<sup>209</sup> Cfr. CACADO TRINDADE, ANTONIO, Voto concurrente en el caso “La última tentación de Cristo” contra Chile, Sentencia de septiembre 14 de 1996, párr. 40, numeral cuarto.

<sup>210</sup> Artículo 46 de la Ley 1820.



A continuación examinaré los elementos de la definición de renuncia a la persecución penal para precisar sus contenidos y alcances, y luego me ocuparé de los aspectos procesales de la terminación anticipada del proceso aplicando dicha renuncia que debe ser condicionada.

### **3) La renuncia *condicionada* a la persecución penal**

Recordemos que la expresión renuncia condicionada fue establecida en el inciso 4 del A.L. 01 de 2012 (modificado por el artículo 3° del A.L. 01 de 2017); el vocablo “condicionada” desapareció en el desarrollo legislativo, como se advirtió.

Según la Corte Constitucional: “(...) la expresión renuncia condicionada tiene una consecuencia muy importante y es que, de no cumplirse los requisitos señalados en la ley estatutaria, se podrá revocar inmediatamente la renuncia a la persecución y el Estado recobrará toda su potestad para investigar, juzgar y sancionar a los responsables por todos los delitos cometidos en el marco de la justicia ordinaria”<sup>211</sup>.

Según la Corte IDH: “(...) de los artículos 1.1. y 2 de la Convención se deriva el deber de perseguir conductas ilícitas que contravengan derechos reconocidos en la Convención. Dicha persecución debe ser consecuente con el deber de garantía al que atiende, por lo cual es necesario evitar medidas ilusorias que solo aparentan satisfacer las exigencias formales de justicia”<sup>212</sup>.

Legislar para buscar la paz sin una real y efectiva justicia ¿no es una medida ilusoria? El Alto Comisionado de las Naciones Unidas se refirió “(...) al falso dilema entre paz o reconciliación, por una parte, y justicia por la otra (...)”<sup>213</sup>.

En otras palabras, el denominado Régimen de condicionalidad podría resultar ilusorio porque alienta a los criminales (guerrilleros y agentes del Estado) sin cárcel a que los hechos se repitan, siendo además un sofisma de distracción

---

<sup>211</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2013.

<sup>212</sup> Corte IDH, Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) contra Colombia, Sentencia de noviembre 14 de 2014, párr. 459.

<sup>213</sup> Corte IDH, Caso Gomes Lund (“Guerrilla Araguara”) contra Brasil, Sentencia de noviembre 24 de 2010, párr. 151.

para las víctimas, la sociedad colombiana y la comunidad internacional, representada por las Naciones Unidas<sup>214</sup>.

El artículo 20 de la Ley Estatutaria enumera los siguientes requisitos del régimen de condicionalidad para los victimarios, a quienes se les conceden premios penales si: aportan verdad plena (i), contribuyen a la reparación de las víctimas (ii) y garantizan la no repetición (iii).

Como lo explicamos en otro lugar, es el nuevo *derecho penal premial* “que consiste en aplicar consecuencias más benévolas al autor, a cambio de determinados comportamientos del acusado a favor de las víctimas (como la confesión)”<sup>215</sup>.

Estos premios “han sido la moneda de cambio entre la impunidad de los perpetradores de los crímenes para garantizarles la impunidad, y la transición [e]n situaciones de conflicto”<sup>216</sup> armado interno; ejemplo, si los agentes del Estado dicen la verdad, reparan y garantizan la no repetición, como premio se les concede la citada renuncia por medio de un procedimiento con un enfoque orientado a los victimarios y que no garantiza a la víctimas su derecho, en condiciones de plena igualdad, al acceso a la justicia transicional, como un derecho universal.

Concluyo esta parte afirmando: ¡Hay que darle premios a los que hicieron la guerra para lograr la paz!

A continuación explico los efectos de la renuncia a la persecución penal.

---

<sup>214</sup> La visión del Alto Comisionado se evidenció con el “rearme” de 21 ex-combatientes de las FARC, en agosto de 2019. Por reclutar menores Fiscalía les abre proceso a “Santrich”, “Márquez el “Paisa”, Diario El Nuevo Siglo, Bogotá, julio 30 de 2020, p. 14. Los hechos se repiten, ¿cuál paz estable y duradera?

<sup>215</sup> CHINCHON ÁLVAREZ, “El derecho penal internacional en contextos transicionales”, en la obra colectiva *Derecho Penal Internacional*, ob. cit., p. 539.

<sup>216</sup> OLLÉ SESÉ, “La aplicación del Derecho penal Internacional por los Tribunales nacionales”, en la obra colectiva *Derecho Penal Internacional* (GIL GIL y MACULAN), ob. cit., p. 171.

#### **4) Efectos de la renuncia a la persecución penal**

Los efectos de la renuncia a la persecución penal hay que extraerlos de los artículos 42 y 46 de la Ley 1820<sup>217</sup> en la siguiente forma: extingue la acción penal, la responsabilidad penal y la sanción penal (artículo 46), así como la acción de indemnización de perjuicios derivada de la conducta punible (artículo 42). “Lo anterior, sin perjuicio del deber del Estado de satisfacer el derecho de las víctimas a la reparación integral en concordancia con la ley 1448 de 2011”.

Según los numerales 1 y 2 del artículo 48<sup>218</sup> de la Ley 1820, la resolución del otorgamiento de la renuncia a la persecución penal “hace tránsito a cosa juzgada material”<sup>219</sup>, e “impide que se inicien nuevos procesos por estas conductas”, respectivamente<sup>220</sup>.

Desarrollaré estos temas comenzando con la extinción de la responsabilidad por los daños causados por el delito, y al final explicaré los alcances de la extinción de los efectos penales.

##### **a. Efectos patrimoniales. Extinción de la responsabilidad patrimonial**

En “el artículo 42 se establece que la renuncia a la persecución penal extingue la acción de indemnización de perjuicios respecto de la conducta punible. Esta regla desarrolla el artículo transitorio 17 del AL 01 de 2017, según el cual no proceden acciones judiciales para la indemnización de las víctimas contra los beneficiarios de la renuncia a la persecución penal”<sup>221</sup>.

En otras palabras, los agentes del Estado –como victimarios– no tendrían legitimación pasiva para ser demandados y condenados al pago de la

---

<sup>217</sup> Los efectos de la amnistía para la guerrilla (artículo 41) y los efectos de la renuncia a la persecución penal para agentes del Estado (artículo 42) son idénticos. Adelante explicaré que la renuncia a la persecución es una forma encubierta de “auto-amnistía”.

<sup>218</sup> Otros efectos de la renuncia a la persecución penal.

<sup>219</sup> La Corte IDH ha dejado sin efectos sentencias que hacen tránsito a cosa juzgada en la jurisdicción interna; ver caso del Periódico La Nación (Herrera Ulloa) contra Costa Rica, Sentencia de julio 2 de 2004.

<sup>220</sup> La Corte IDH mediante sentencia ha declarado la invalidez de un proceso penal terminado mediante sentencia y, como consecuencia, ha ordenado un nuevo enjuiciamiento con la plena observancia del debido proceso legal; ver caso Castillo Petruzzi y otros contra Perú, Sentencia de mayo 30 de 1999.

<sup>221</sup> Cfr., SÁNCHEZ MEJÍA ASTRID LILIANA y CHAPARRO MARTÍNEZ, LINA, “Efectos de la renuncia a la persecución penal”, en la obra colectiva *Ley de Amnistía*, ob. cit., p. 413.

indemnización por los daños causados a las víctimas o sus familiares. Se trata de un premio patrimonial. ¿Cuál sería su razón de ser?:

“En relación con el contenido del derecho a la reparación es necesario tener en cuenta a la vez que esta (i) debe tender hacia la integralidad y (ii) recae principalmente en el victimario y subsidiariamente en el Estado, ante la insolvencia, imposibilidad o falta de recursos por el agente causante del daño”<sup>222</sup>.

Significa lo anterior que las víctimas o sus familiares tendrían que demandar al Estado para obtener una reparación de los daños, en aplicación de la Ley 1448 de 2011, porque los agentes del Estado no son responsables patrimonialmente, lo que revictimiza a las víctimas que padecieron el conflicto armado interno. Se debe evitar que “los procedimientos jurídicos y administrativos destinados a hacer justicia y conceder una reparación no den lugar a un nuevo trauma”<sup>223</sup>.

Según la Corte IDH, “las acciones judiciales de reparación del daño causado por crímenes internacionales no deberían estar sujetas a prescripción”<sup>224</sup>, porque se desconocería el régimen especial de dichos crímenes de *ius cogens*.

Según JUAN CARLOS HITTERS, “la Corte falló en favor de la *no prescriptibilidad y de la necesidad de indemnizar a las víctimas*”<sup>225</sup>. El argumento jurisprudencial me permite afirmar que la acción de reparación de los daños no se extingue, porque los artículos 42 y 46 de la Ley 1820 son incompatibles con los artículos 8 y 25 de la CADH y la jurisprudencia de la Corte (el acervo convencional).

Por otra parte, el otorgamiento de la renuncia a la persecución penal no hace tránsito a cosa juzgada material, porque no se da “cumplimiento a [las] obligaciones internacionales de investigar, juzgar, sancionar y reparar las graves

---

<sup>222</sup> ACOSTA LÓPEZ, JUANA INÉS y ARÉVALO NARVÁEZ JORGE ENRIQUE, “Contribución a los derechos de las víctimas”, en la obra colectiva *Ley de Amnistía*, ob. cit., p. 495.

<sup>223</sup> FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, ob. cit., p. 68.

<sup>224</sup> Corte IDH, Caso Órdenes Guerra y otros contra Chile, Sentencia de noviembre 29 de 2018, párrs. 77 y 88.

<sup>225</sup> HITTERS, JUAN CARLOS, “¿Prescribe la reparación civil en los delitos de lesa humanidad?”, en *La Ley*, Buenos Aires, agosto 21 de 2019, p. 4.

violaciones a los derechos humanos”<sup>226</sup> a las víctimas. En consecuencia, la Corte IDH podría dejar sin efectos la resolución del otorgamiento de la renuncia a la persecución penal, “aunque haya cosa juzgada interna”<sup>227</sup>.

¿Y las FARC cómo reparan? Estas “se comprometen a *contribuir* a la reparación material de las víctimas y en general a su reparación integral con sus bienes y activos”<sup>228</sup> (cursivas fuera del texto), según un inventario; bienes que a la fecha no han entregado materialmente<sup>229</sup>.

## **b. Efectos penales. Extinción de la acción, de la responsabilidad y la sanción penales**

“Si se extingue la acción penal, esta ya no se puede ejercer, lo cual implica que ya no es posible acusar al interesado si el proceso penal en cuestión se encuentra en una etapa previa al juzgamiento o juicio, mientras que, si ya tuvo lugar la acusación, el proceso debe terminar pues la Sala extingue también la responsabilidad penal; igualmente, si la persona ya ha sido condenada y existe una sanción penal vigente, esta queda sin efectos”<sup>230</sup>.

En cualquiera de las hipótesis señaladas de los efectos penales de la renuncia a la persecución penal, las víctimas o sus familiares no tendrían acceso, en condiciones de plena igualdad, a la justicia, por cuanto la investigación o el proceso terminarían anticipadamente, de modo que el efectivo acceso lo tendría el beneficiario de la renuncia a la persecución penal para recibir su premio.

Resalto que la citada extinción de la responsabilidad penal es una forma excluyente de la responsabilidad penal, prohibida por la jurisprudencia *constante* de la Corte IDH, examinada al final del primer capítulo.

---

<sup>226</sup> Corte IDH, Caso Órdenes Guerra y otros contra Chile, Sentencia de noviembre 29 de 2018, párrs. 92 y 114.

<sup>227</sup> Cfr. HITTERS, ob. cit., p. 5.

<sup>228</sup> Acuerdo Final, 5.1.3.7, página 186.

<sup>229</sup> El Gobierno expidió el Decreto 205 de febrero 12 de 2020, ampliando el plazo hasta el 31 de julio del mismo año, para que las ex-FARC cumplan con la finalidad de los bienes y activos. En efecto no cumplieron, por lo que se les amplió el plazo. Por lo visto no tienen voluntad de reparar materialmente a las víctimas: ¿Cuál justicia restaurativa? El ex-presidente Juan Manuel Santos los calificó de narcotraficantes, como se expresó.

<sup>230</sup> COTE BARCO, “De la renuncia a la persecución penal”, en la obra colectiva *Ley de Amnistía*, ob. cit., pp. 442 y 443.

Sencillamente se trata de un procedimiento injusto y parcializado, contrario a los estándares internacionales: “Las obligaciones resultantes del derecho internacional para asegurar el derecho al acceso a la justicia y a un procedimiento justo e imparcial deberán reflejarse en el derecho interno”<sup>231</sup>.

“Una ley puede, por ejemplo, por su vigencia privar a las víctimas de un recurso efectivo ante los jueces nacionales competentes, así como de las garantías judiciales plenas (en los términos de los artículos 25 y 8 de la Convención Americana)”<sup>232</sup>.

Llama la atención el siguiente criterio de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional: “Los efectos del mecanismo especial de la renuncia a la persecución penal parecen similares a los que se derivan de la decisión de conceder una amnistía o un indulto”<sup>233</sup>: si se extingue la acción penal, la responsabilidad penal y la sanción penal (artículos 41 y 46 de la Ley 1820), contraviene la *Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad* que compromete “a los Estados Partes para impedir la prescripción de la acción penal y de la pena de estos”<sup>234</sup> crímenes de *ius cogens*, y violando además “las garantías judiciales indispensables para la protección de [los derechos humanos]”, según el artículo 27.2 de la CADH, que “no autoriza la suspensión ” de los derechos enumerados en esta preceptiva, entre otros, repito, las garantías judiciales<sup>235</sup>.

Por sus efectos, repetimos, la renuncia a la persecución penal es una forma encubierta de “autoamnistía”, prohibida por la jurisprudencia de la Corte IDH<sup>236</sup> que adelante explicaré. Sea importante recordar que la renuncia a la persecución penal no procede en todos los casos.

---

<sup>231</sup> VIII, numeral 12. Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas.

<sup>232</sup> CACADO TRINDADE, ANTONIO, Voto disidente en el caso El Amparo contra Venezuela, Sentencia de septiembre 14 de 1996, párr. 3.

<sup>233</sup> Fiscal de la Corte Penal Internacional BENSOUA, Escrito de *amicus curiae*, ob. cit., párr. 32.

<sup>234</sup> Cfr. OLLÉ SESÉ, *Crimen internacional y jurisdicción penal nacional: De la justicia universal a la jurisdicción penal interestatal*, ob. cit., pp. 103, 104 y 136; autor que cita *in extenso* jurisprudencia de tribunales internacionales y regionales que permiten confirmar que los crímenes de *ius cogens* repelen el indulto, la prescripción o cualquier otra gracia semejante.

<sup>235</sup> Véase CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-8/87 de enero 30 de 19987, *El Hábeas Corpus bajo suspensión de Garantías*, párr. 29.

<sup>236</sup> CORTE IDH, caso Barrios Altos contra el Perú, Sentencia de marzo 14 de 2011, y sentencia de interpretación de septiembre 2 de 2011.

## 5) Improcedencia de la renuncia a la persecución penal

El inciso 4 del artículo 47 de la Ley 1820 enumera taxativamente los crímenes internacionales por los cuales no procede la renuncia a la persecución penal, entre otros, los siguientes: delitos de lesa humanidad, genocidio, graves crímenes de guerra, toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, tortura, ejecuciones extrajudiciales, desaparición forzada, acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, sustracción de menores, desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma<sup>237</sup>.

Estos crímenes internacionales con estatus de *ius cogens* deberán ser objeto de investigación, juzgamiento y sanción, según las normas procesales aplicables, por lo que la JEP concentrará “el ejercicio de la acción penal en las personas que *tuvieron participación determinante en los hechos más graves y representativos*”, por tanto, no serán objeto de la renuncia a la persecución penal (artículo 19 de la LE). Solo algunas personas serán beneficiarias de la renuncia a la persecución penal.

## 6) Personas beneficiarias de la renuncia a la persecución penal<sup>238</sup>

Como no estaba previsto taxativamente en la Ley 1957, ni en la Ley 1820, y aún no se había expedido el Código de Procedimiento de la JEP, la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas adoptó el Protocolo N° 001 de 2018 con el fin de enumerar los beneficiarios de la renuncia a la persecución penal, y en el numeral 12, expresó:

“a. Agentes del Estado miembros de la Fuerza Pública, en delitos distintos a los enumerados en el artículo 45 de la LEAJ-JEP.

---

<sup>237</sup> La enumeración continúa con: “delitos contra el servicio, la disciplina, los intereses de la fuerza pública, el honor y la seguridad de la fuerza pública, contemplados en el código penal militar”.

<sup>238</sup> Son “personas que podrían acceder a la libertad como resultado de la renuncia a la persecución penal”. ZULUAGA TABORDA, “Competencia y funcionamiento de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas”, en la obra colectiva *Ley de Amnistía*, ob. cit., p. 294.

“b. Quienes siendo menores de dieciocho (18) años hubieren participado directa o indirectamente en delitos de competencia de la JEP no amnistiabiles”.

El Protocolo nos permite hacer una clasificación de las siguientes personas para aplicarles el beneficio con el mismo parámetro<sup>239</sup>:

“c. Las personas no seleccionadas por la SRVR, que participaron directa o indirectamente en el conflicto armado.

“d. Los civiles no combatientes, que formaron parte de organizaciones o grupos armados.

“e. Los agentes del Estado no integrantes de la Fuerza Pública que, sin formar parte de organizaciones o grupos armados se sometan voluntariamente a la JEP.

“f. Los terceros que se sometan a la JEP voluntariamente hasta antes del 15 de marzo de 2021”.

¿Quiénes son beneficiarios de la renuncia a la persecución penal? “Personas que no hayan tenido una *participación determinante* en los delitos *más graves y representativos*”<sup>240</sup>, en concordancia con el literal h) del artículo 84 de la Ley Estatutaria 1957<sup>241</sup>; normativa manifiestamente incompatible con el acervo convencional. Con base en este fundamento legal esos casos no se seleccionan; precisemos conceptualmente sus contenidos.

## 7) La participación determinante

Según la Corte Constitucional:

---

<sup>239</sup> Personas que “(...) no hayan tenido una participación determinante en los delitos más graves y representativos”, o “(...) pero no tuvieron una participación determinante en los delitos más graves y representativos”.

<sup>240</sup> Dice el artículo 12 del Protocolo 001.

<sup>241</sup> Obsérvese que el literal h) no se refiere a los “máximos responsables” ni expresamente relaciona a los agentes del Estado, pero hay que entender que estos son los beneficiarios de la citada renuncia.



“(…) el escenario que mejor rendimiento podría ofrecer para comprender el alcance de participación determinante sería el criterio de *máximo responsable*”<sup>242</sup>. “La noción compleja de «participación determinante», es una especie de sustituto del criterio de *máximo responsable*”<sup>243</sup>. “El máximo responsable es aquella persona que tiene un rol esencial en la organización criminal, para la comisión de cada delito, es decir, que haya: dirigido, tenido el control, o financiado la comisión de los delitos de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra cometidos de manera sistemática”<sup>244</sup>.

“En otras palabras, el máximo responsable puede entenderse ya como el *jefe máximo* de la organización, o bien como las personas con mayor jerarquía o poder (incluso mandos medios o «integrantes rasos» de un GAOML) de mando en cuanto a los hechos concretos que deben ser imputados penalmente”<sup>245</sup>.

Luego agrega el autor: “(…) la participación no determinante podría entenderse como la de aquellos que no serían los máximos responsables”<sup>246</sup>.

Por otra parte, la Fiscalía de la CPI previno a la JEP de lo siguiente:

“Las ambigüedades para determinar si una persona ha tenido una «participación activa y determinante» en la comisión de crímenes graves podría llevar a conceder la renuncia a la persecución penal, a individuos que pudieran haber tenido un rol decisivo en la comisión de crímenes graves”<sup>247</sup>.

Estas ambigüedades podrían llevar a la JEP a una interpretación excesivamente amplia de [estos] criterios, propiciando una impunidad generalizada, dice la Fiscal de la CPI.

---

<sup>242</sup> ZULUAGA TABORDA, “Competencia y funcionamiento de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas”, ob. cit., p. 310.

<sup>243</sup> APONTE CARDONA, “Objeto y ámbito de aplicación (*Ley 1820 de 2016*)”, en la obra colectiva *Ley de Amnistía*, ob. cit., p.36.

<sup>244</sup> Corte Constitucional, Sentencia C- 579 de 2012, párr. 8.2.3.

<sup>245</sup> ZULUAGA TABORDA, “Competencia y funcionamiento de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas”, ob. cit., p. 310.

<sup>246</sup> *Ibidem*, pp. 310 y 311.

<sup>247</sup> Fiscal de la Corte Penal Internacional BENSOUDA, Escrito de *amicus curiae*, ob. cit., párr. 40.

## 8) Los criterios de gravedad y representatividad

El inciso 4 del artículo 3° del A.L. 01 de 2017 “hace alusión a los criterios de gravedad y representatividad”, instrumento fundamental para la construcción de los casos, pues sin el mismo se volvería a la metodología de la investigación caso a caso”<sup>248</sup>.

Se trata de “(...) la construcción de macrocasos en torno a una serie de elementos comunes determinados por factores relacionados con la gravedad y representatividad tales como el lugar, el tiempo, la forma de comisión, los sujetos pasivos o grupos sociales afectados, los sujetos activos, la escala de comisión o la evidencia disponible<sup>249</sup>. En virtud de esta situación se puede erigir un proceso por una determinada modalidad de delito que sea cometido en una región concreta de Colombia, durante un tiempo determinado, por un grupo de personas y contra un sector específico de la población, el cual sea a su vez representativo de los que tengan las mismas características”<sup>250</sup>.

Si bien la reforma constitucional hizo alusión a los criterios de gravedad y representatividad, fue el legislador estatutario el que precisó sus conceptos al referirse en el artículo 19 a la gravedad de los hechos<sup>251</sup> y la representatividad<sup>252</sup>.

El mismo artículo 19 en el inciso 1 de la Ley 1957 estableció dos elementos para conceder el beneficio a la renuncia al ejercicio de la acción penal, al preceptuar lo siguiente: “(...) Con respecto a las personas y hechos que no sean objeto de selección, se podrá renunciar al ejercicio de la acción penal”.

Como se explicó anteriormente, para comprender por qué esas personas son beneficiarias de la renuncia a la persecución penal, es porque esas personas no

---

<sup>248</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-579 de 2012, párr. 8.2.6.

<sup>249</sup> KAI AMBOS, *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales*, Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), Bogotá, 2011, p. 11.

<sup>250</sup> “Por ejemplo, la violencia sexual cometida por el grupo A en el sur de la región B, durante los años C y D, en contra de las mujeres de la comunidad E) que sea representativo de estos delitos”. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-579 de 2012, párr. 8.2.6.

<sup>251</sup> “Gravedad de los hechos: Grado de afectación de derechos fundamentales individuales y colectivos; modalidad de la comisión de los hechos en términos de violencia y sistematicidad”.

<sup>252</sup> “Representatividad: Efectos de la investigación y judicialización de los hechos: capacidad de ilustración del modus operandi y/o prácticas o patrones criminales de los hechos”.

tuvieron una participación determinante (i)<sup>253</sup> en los delitos *más graves y representativos* (i), y por eso sus casos no se seleccionan. Al contrario, “en cualquier caso, la JEP está en la obligación de seleccionar a los máximos responsables de los hechos más graves y representativos que tengan la connotación de crímenes guerra cometidos de manera sistemática, de lesa humanidad y genocidio”<sup>254</sup>.

## 9) La renuncia a la persecución penal para agentes del Estado deberá ser aplicada de manera preferente

Tanto la Ley 1957 (art. 45<sup>255</sup>) como la Ley 1820 (art. 46), con idéntica redacción establecen que “la renuncia a la persecución penal es un mecanismo de tratamiento penal especial diferenciado para agentes del Estado (...), debiendo **ser aplicado de manera preferente** en el sistema penal colombiano” (negritas fuera del texto).

Como se observa, estas leyes contienen un eje transversal con un enfoque orientado a los victimarios como espina dorsal de los procedimientos, discriminando con este diseño normativo a las víctimas con una preferencia procesal creada por el legislador<sup>256</sup>. Además, olvida la Corte Constitucional que “el Estado tiene el deber de asegurar la **prevalencia** del principio fundamental de la igualdad y no discriminación, que es un principio de *jus cogens*”<sup>257</sup> (negritas fuera del texto).

¿Qué quiere decir “ser aplicado de manera preferente”? Examinaré tres posibles respuestas.

---

<sup>253</sup> Recordemos que “la participación no determinante podría entenderse como la de aquellos que no serían máximos responsables”, según ZULUAGA TABORDA, ob. cit., p. 311.

<sup>254</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-080 de 2018, párr. 8.2.3.

<sup>255</sup> La Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia C-080 de 2018, no examinó el contenido ni el alcance de la oración gramatical “ser aplicado de manera preferente”; simplemente expresó que “se estará a lo decidido en la Sentencia C-007 de 2018”, “teniendo en cuenta la *ratio decidendi*”.

<sup>256</sup> Desconoce la Corte Constitucional el Preámbulo de los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas, según el cual los Estados, en cumplimiento de sus obligaciones internacionales, deben adoptar un “enfoque orientado a las víctimas”. Respecto de la aplicabilidad de estos principios la Corte Constitucional guardó silencio. Véase Sentencia C-007 de 2018.

<sup>257</sup> Corte IDH, OC-18/03, Opinión Consultiva, ob. cit., párr. 101. Voto del Juez Antonio Cancado Trindade, párr. 84.

Según el legislador, “Ni en la exposición de motivos ni en las ponencias presentadas para los debates [se refiere al proyecto de ley] se encuentra una explicación al respecto”<sup>258</sup>.

Según la Corte Constitucional observo que en la Sentencia C-007 de 2018 se guardó silencio<sup>259</sup>. No existe jurisprudencia constitucional.

Según la doctrina, “No es claro a que se refiere la LA con el término «preferente»”<sup>260</sup>.

El precitado autor explica lo siguiente:

“Los jueces y fiscales deben dar cumplimiento de manera expedita a las decisiones que tome la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas en el sentido de otorgar la renuncia, de tal forma que la terminación de los procesos penales que cursen en contra de los agentes del Estado a quienes se otorgue este beneficio no quede suspendida en el tiempo, sujeta a que primero sean resueltos otro tipo de asuntos”<sup>261</sup>.

Ejemplo, podrían ser las solicitudes de participación de las víctimas y sus familiares durante el procedimiento transicional, quienes deberán esperar a que se cumpla con la aplicación de “manera preferente” del tratamiento especial para los agentes del Estado y luego se resolverían dichas solicitudes.

En síntesis, se trata de “evitar el comienzo de una investigación penal o terminar un proceso penal en curso”<sup>262</sup>, o dejar sin efectos una pena en firme.

El ser “aplicado de *manera preferente*” en el sistema procesal penal colombiano implica en la práctica la participación de un solo sujeto procesal durante el

---

<sup>258</sup> COTE BARCO, “De la renuncia a la persecución penal”, ob. cit., p. 443.

<sup>259</sup> Véanse los párrafos 894 a 898 de la Sentencia C-007 de 2018, y la Corte no hizo ninguna consideración de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del deber de “ser aplicado de manera preferente”. Simplemente se declaró constitucional.

<sup>260</sup> COTE BARCO, “De la renuncia a la persecución penal”, ob. cit., p. 443.

<sup>261</sup> *Ibidem*, pp. 443 y 444.

<sup>262</sup> COTE BARCO, “Mecanismo de tratamiento especial diferenciado para agentes del Estado”, ob. cit., p. 436.

procedimiento, el agente del Estado (el victimario), como se argumenta con doctrina que citaré a continuación.

Esta regulación procesal en la praxis se convertirá en un obstáculo insuperable para la efectiva participación procesal de las víctimas y sus familiares, porque “restringe indebidamente el acceso a la protección judicial efectiva y crea un trato discriminatorio y desigual no justificado”<sup>263</sup> en el procedimiento transicional.

¿Qué dice la doctrina?

Se suma a lo anterior que “(...) en ninguno de los artículos [artículos 46 a 50] en los que se regula el beneficio la renuncia a la persecución penal se contempla la posibilidad de que [las víctimas] intervengan, ni siquiera en el art. 47 en el que supuestamente se establece el trámite que se debe a seguir en estos casos; en cambio, en el art. 48 en el que se hace referencia a un asunto bastante puntual, éstas se excluían, se podría decir, intencionalmente”<sup>264</sup>.

“Tal tendencia pudo estar fundada en la prevalencia de la renuncia a la persecución penal como principal modelo de solución de situaciones jurídicas de los sometidos, y la inexistencia de estándares mínimos de verdad, justicia, reparación y no repetición, exigibles en contextos de transición”<sup>265</sup>.

Concluyo con la doctrina que las víctimas se excluyen intencionalmente del procedimiento, por lo que ellas no tendrán derecho, en condiciones de plena igualdad, al acceso a la justicia, según el diseño legal procedimental examinado en abstracto, y que califico de desigual e injusto, por violar el derecho al debido proceso, y discriminatorio ante las víctimas de crímenes internacionales.

Partiendo de la exclusión intencional de las víctimas durante el procedimiento por parte del legislador, construyo las bases argumentativas para afirmar que el estándar legal “de ser aplicado de *manera preferente*” el mecanismo de

---

<sup>263</sup> Cfr. Intervención de la Oficina del Alto Comisionado de la ONU ante la Corte Constitucional durante el proceso de constitucionalidad de la Ley 1922 de 2018, Sentencia C-112 de 2019.

<sup>264</sup> COTE BARCO, “De la renuncia a la persecución penal”, ob. cit., p. 487.

<sup>265</sup> BALDOSEA PEREA, HEYDI PATRICIA, “Artículo 60. Sistema de defensa jurídica gratuita”, en la obra colectiva *Ley de Amnistía*, ob. cit., p. 558.

tratamiento penal especial diferenciado para agentes del Estado superará *el derecho de las víctimas* al acceso a la justicia con claro desconocimiento del *principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación*; principios “*pertenecientes al jus cogens*”, según la jurisprudencia de la Corte IDH<sup>266</sup>.

“Una ley puede *per se* mostrarse incompatible con la Convención en la medida en que, por ejemplo, ocasione obstrucciones en el proceso judicial, o conlleve a la impunidad de los responsables”<sup>267</sup>.

#### **a. Autoridad competente de la JEP para conceder la renuncia a la persecución penal**

La Sala de Definición es la competente para conceder a los agentes del Estado la renuncia a la persecución penal, “como uno de los mecanismos de tratamiento penal especial diferenciado”, según el artículo 44<sup>268</sup>.

¿Cuáles serían los agentes del Estado que podrían ser acreedores de la renuncia a la persecución penal? Como se expuso anteriormente, hay dos grupos de agentes del Estado: (i) los que son miembros de la fuerza pública, en delitos distintos a delitos de lesa humanidad, genocidio, graves crímenes de guerra, toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, tortura, ejecuciones extrajudiciales, desaparición forzada, acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, sustracción de menores, desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma, y (ii) los que no son miembros de la fuerza pública “que sin formar parte de las organizaciones o grupos armados, no hayan tenido una participación determinante en los delitos más graves y representativos de competencia de la JEP y se sometan a esta jurisdicción voluntariamente”<sup>269</sup>. Es claro que estos

---

<sup>266</sup> Corte IDH, OC-18/03, Opinión Consultiva, ob. cit., párr. 101. OC-25/18 Opinión Consultiva, ob. cit., párr. 170.

<sup>267</sup> CACABO TRINDADE, ANTONIO, Voto disidente en el caso El Amparo contra Venezuela, Sentencia de septiembre 14 de 1996, párr. 3.

<sup>268</sup> Inciso 5 del artículo 47 de la Ley 1820.

<sup>269</sup> Véanse los literales a. y e. del numeral 12 del Protocolo 001, el cual enumera otras personas beneficiarias de la renuncia a la persecución penal que no son agentes del Estado.

casos no se seleccionan, y por tanto a las personas beneficiarias se le otorgará la renuncia a la persecución penal.

¿Cuáles parámetros internacionales procedimentales hay que seguir? Normas, principios<sup>270</sup> y jurisprudencia internacionales. “Las obligaciones resultantes del derecho internacional para asegurar el derecho al acceso a la justicia” indican que debe reglarse “un procedimiento justo e imparcial”<sup>271</sup>.

Estos principios y directrices básicos establecen que: “En los casos de violaciones manifiestas [del DIDH y del DIH], los Estados tienen la obligación de investigar y, si hay suficientes pruebas, enjuiciar a las personas presuntamente responsables de las violaciones y, si se las declara culpables, la obligación de castigarlas”<sup>272</sup>.

Por su parte, la Corte IDH claramente expresa que: “La obligación de investigar abarca la investigación, identificación, procesamiento, juicio y, en su caso, la sanción de los responsables. Aun cuando no es una obligación de medio, ello no significa que no abarque el cumplimiento de la eventual sentencia, en los términos que sea decretada”<sup>273</sup>. “Obligación que no fenece, en su caso, con la imposición de la pena, sino que extiende sus efectos a la fase de la ejecución y cumplimiento de la misma”<sup>274</sup>.

Según las reglas generales de los procedimientos penales un proceso se compone de las siguientes etapas: investigación, juzgamiento y sanción. En este proceso son sujetos procesales el victimario y la víctima, y ambos son titulares de derechos humanos<sup>275</sup>. El victimario como responsable es titular de todas las garantías judiciales, y la víctima tiene el derecho de acceder a la justicia que se concreta en la obligación internacional del Estado de investigar, identificar,

---

<sup>270</sup> Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas.

<sup>271</sup> Cfr. Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas, VIII, numeral 12.

<sup>272</sup> Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas, III, numeral 4.

<sup>273</sup> Corte IDH, Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) contra Colombia, Sentencia de noviembre 14 de 2014, párr. 460.

<sup>274</sup> OLLÉ SESÉ, *Crimen internacional y Jurisdicción Penal Nacional: de la Justicia Universal a la Jurisdicción Interestatal*, ob. cit., p. 117.

<sup>275</sup> El artículo 8.1 de la CADH comienza diciendo: “Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías (...) ante un juez o tribunal competente, independiente e imparcial”. Toda persona es el victimario y la víctima del delito.

procesar, perseguir, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de crímenes internacionales de *ius cogens* y a una justa, adecuada, efectiva y rápida reparación de los daños ocasionados a la víctima y a sus familiares, quienes a su vez tienen derecho a saber la verdad.

Obsérvese que el procedimiento transicional a seguir diseñado por el legislador y avalado por la Corte Constitucional no cumple con los estándares internacionales del procedimiento justo e imparcial, porque es un proceso que diseña la relación entre el Estado y el autor del crimen como protagonistas en el escenario procesal, y la víctima como espectador podrá acceder en las oportunidades que el legislador le autorice a participar procesalmente, todo lo cual viola la CADH y contradice la jurisprudencia de la Corte IDH (la primacía del acervo convencional), como lo estoy afirmando y argumentando.

No obstante lo anterior, examinaré a continuación si el diseño procesal en abstracto se configura como un *proceso penal genuino*.

#### **b. Procedimiento transicional a seguir para conceder la renuncia a la persecución penal<sup>276</sup>**

Se debe seguir el procedimiento transicional previsto en los artículos 46 a 49, en especial el artículo 47<sup>277</sup> de la Ley 1820, el Decreto Ley 706 de 2017<sup>278</sup> y, como se expondrá, aplicando el artículo 49 del Código de Procedimiento de la JEP (Ley 1922 de 2018).

---

<sup>276</sup> La Corte Constitucional, en Sentencia C-080 de 2018, expresó que el artículo 47 de la Ley 1820 contiene una reproducción literal del artículo 46 de la Ley Estatutaria, y aquél fue declarado exequible. Un interviniente en el respectivo proceso constitucional le solicitó a la Corte que se pronunciara acerca de “la participación efectiva de las víctimas en el trámite de la renuncia a la persecución penal”, y la Corte lacónicamente contestó: “dicha protección pueda ejercida dentro de los límites establecidos por el artículo 46: Recursos contra las resoluciones de la Sala”. En otras palabras, después de terminado el procedimiento las víctimas podrán interponer recursos contra la resolución que concede la renuncia a la persecución penal, lo que demuestra que dicho procedimiento está diseñado *pro victimarios* eludiendo la participación efectiva de las víctimas.

<sup>277</sup> El artículo 47 no describe un procedimiento a seguir por fases. Enumera los documentos que el solicitante debe adjuntar a su solicitud (inciso 2), enunciación de los crímenes internacionales y algunos delitos por los cuales no procedería la renuncia (inciso 4), y la remisión de la resolución de otorgamiento de la renuncia a la autoridad judicial competente para que materialice dicha decisión.

<sup>278</sup> Decreto Ley 706 declarado exequible por la Corte Constitucional, en Sentencia C-070 de 2018.



Sin embargo, se debe aclarar que la Sala “por sí misma no termina el o los procesos penales existentes en contra de los agentes del Estado”<sup>279</sup>. “Se requiere, como lo dispone el artículo 47, que la autoridad judicial competente en cada caso «materialice» el beneficio concedido por la Sala”<sup>280</sup>.

En otras palabras, es la justicia ordinaria a la que le corresponde materializar la renuncia a la persecución penal, siguiendo el procedimiento penal ordinario establecido en los Códigos de Procedimiento Penal (Leyes 600 de 2000 y 906 de 2002), que establece el régimen procesal aplicable en cada caso.

### **c. Autoridad judicial competente para materializar la renuncia a la persecución penal**

“La autoridad que en el caso concreto debe materializar el beneficio concedido, así como la decisión mediante la cual debe hacerlo dependerán de si el agente del Estado está siendo investigado o si ya fue condenado, y, en el primer caso, bajo cuál régimen procesal se está adelantando el proceso penal respectivo y en qué momento o etapa procesal se encuentra”<sup>281</sup>.

Se trata de que se materialicen “los efectos de extinción de la acción penal, de la responsabilidad penal y de la sanción según corresponda”, según el quinto inciso del artículo 47.

### **d. El régimen procesal aplicable y la oportunidad procesal para materializar la renuncia a la persecución penal**

Explicaré cuál podría ser el régimen procesal aplicable, en cuál etapa procesal se encontraría la actuación procesal, y quién sería la autoridad judicial competente para materializar la renuncia a la persecución penal.

---

<sup>279</sup> COTE BARCO, “De la renuncia a la persecución penal”, ob. cit., p. 443.

<sup>280</sup> *Ibidem*.

<sup>281</sup> COTE BARCO, “Procedimiento para la aplicación de la renuncia a la persecución penal para agentes del Estado”, ob. cit., p. 472.

- **Etapas de investigación.** Según la Ley 600 de 2000 el competente sería el fiscal delegado respectivo, quien deberá proferir una *resolución de preclusión*<sup>282</sup> de la investigación.
- **Etapas de juzgamiento.** Será el juez penal del conocimiento mediante un *auto de cesación de procedimiento*<sup>283</sup>, según la Ley 600.

“En cambio, si se trata de un proceso penal seguido conforme a la ley 906 de 2002, será el juez penal del conocimiento quien deberá proferir el *auto de preclusión*”<sup>284</sup>.

“La obligación conforme al derecho internacional de enjuiciar y, si se les considera culpables, castigar a los perpetradores de determinados crímenes internacionales, se desprende de la obligación de garantía consagrada en el artículo 1.1. de la Convención Americana”<sup>285</sup>.

Como se observa, la cesación de procedimiento como forma de terminación del proceso desconoce la jurisprudencia interamericana y la doctrina. “Una ley puede *per se* mostrarse incompatible con la Convención en la medida en que, por ejemplo, dificulte las investigaciones en curso”<sup>286</sup>.

En efecto, estas decisiones conducen a la terminación anticipada del proceso penal y, consecuentemente, al archivo del expediente: “La expresión «archivo» se refiere a cerrar definitiva e irrevocablemente una investigación judicial sin procesar y castigar a los responsables; el derecho internacional proscribire esta medida frente a graves violaciones de derechos humanos e infracciones del Derecho Internacional Humanitario”<sup>287</sup>.

Si por renuncia a la persecución penal se entiende la extinción de la acción penal, la responsabilidad penal y la sanción (art. 46, Ley 1820), en algunos casos podría

<sup>282</sup> Ver arts. 38 y 39 inc. 1 de la Ley 600 de 2000, cita de COTE BARCO, ob. cit., p. 472.

<sup>283</sup> Art. 39 inc. 2 de la Ley 600 de 2000, cita de COTE BARCO, ob. cit., p. 472.

<sup>284</sup> Ver arts. 77, 331 y 332, numeral 1 de la Ley 906 de 2004, cita de COTE BARCO, ob. cit., p. 472.

<sup>285</sup> Corte IDH, Caso Almonacid Arellano contra Chile, Sentencia de septiembre 26 de 2006, párr. 110.

<sup>286</sup> CACABADO TRINDADE, ANTONIO, Voto disidente en el caso El Amparo contra Venezuela, Sentencia de septiembre 14 de 1996, párr. 3.

<sup>287</sup> Intervención de Human Rights Watch durante el proceso de constitucionalidad del A.L. 01 de 2012, párr. 4.2.5.

configurarse “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables”<sup>288</sup>, que en palabras de la jurisprudencia de la Corte IDH se llama impunidad.

“El Estado no puede abandonar su obligación de investigar violaciones graves a los derechos humanos y sancionar a los autores; pues este es un deber que el Estado no solo tiene frente a las víctimas, sino frente a la sociedad en su conjunto”<sup>289</sup>.

- **Etapas de sanción.** Se podrían presentar una de dos situaciones procesales: (i) el proceso se encuentra en manos del juez de conocimiento para dictar sentencia, y (ii) la ejecución de la sanción. En la primera situación procedería la renuncia a la persecución penal, y en la segunda sería improcedente dicha renuncia<sup>290</sup>.

Examinaré la segunda situación. Si el autor del crimen se encuentra condenado “corresponderá a los jueces de ejecución de penas tomar las medidas correspondientes”<sup>291</sup>. Hay que entender que el proceso penal ya terminó con una sentencia que “conllevará la imposición de una pena, como consecuencia de la condena, y concluirá con la ejecución de esa sanción hasta su extinción”<sup>292</sup>.

En resumen, la resolución del otorgamiento de la renuncia a la persecución penal “hace tránsito a cosa juzgada material”, e “impide que se inicien nuevos procesos por estas conductas” según los numerales 1 y 2 del artículo 48 de la Ley 1820.

Las citadas normas fueron declaradas constitucionales por la Corte Constitucional, desconociendo la jurisprudencia *constante* de la Corte IDH<sup>293</sup> que

---

<sup>288</sup> Corte IDH, Caso de la Panel Blanca (Paniagua Morales y otros), ob. cit., párr. 173.

<sup>289</sup> FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, ROMANI, ob. cit., p. 78.

<sup>290</sup> En esta fase de cumplimiento de la pena técnicamente no existe un proceso, luego no hay a qué renunciar.

<sup>291</sup> Arts. 79 de la Ley 600 de 2000 y 38 de la Ley 906 de 2004, cita de COTE BARCO, ob. cit., p. 472.

<sup>292</sup> OLLÉ SESÉ, *Crimen internacional y Jurisdicción Penal Nacional: de la Justicia Universal a la Jurisdicción Interestatal*, ob. cit., p. 125.

<sup>293</sup> La Corte IDH le ordenó al Estado modificar una disposición del Código Penal por su incompatibilidad con la CADH, la cual había sido declarada constitucional por el Tribunal Constitucional, y además ordenó

ha sostenido que “(...) del artículo 8 de la Convención se desprende que las víctimas de violaciones de derechos humanos o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídas y actuar en los respectivos procesos”<sup>294</sup>; derechos que no se garantizan para las víctimas, por tanto estas normas procesales transicionales son inconvencionales y la jurisprudencia constitucional también lo es, lo que significa violación del acervo convencional.

De esta forma he verificado que las precitadas normas procesales (Ley 1830, artículos 46 a 50) y las siguientes (Ley 1922), en abstracto, no regulan un procedimiento justo, porque “conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana”<sup>295</sup>, “e indudablemente afectan derechos consagrados en ella. Ello constituye *per se* una violación de la Convención y genera responsabilidad internacional del Estado”<sup>296</sup>; concretamente viola el artículo 8 de la CADH<sup>297</sup>.

Además, dicha legislación examinada en abstracto soslaya el siguiente estándar internacional<sup>298</sup>: “[l]os Estados deberán garantizar la amplia participación jurídica en el proceso judicial a todas las partes perjudicadas (...)”<sup>299</sup>.

Así mismo, con la Ley de Procedimientos 1922 demostraré que no se garantiza la igualdad procesal de las víctimas *ante la ley*, por la forma en que se diseñó para que las víctimas no pudieran actuar “activamente en todas las fases del procedimiento”<sup>300</sup>, como lo afirma el asesor de las FARC.

---

un nuevo enjuiciamiento al autor del delito siendo condenado a 40 años de prisión; caso Fermín Ramírez contra Guatemala, Sentencia de junio 20 de 2005.

<sup>294</sup> Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) contra Guatemala, Sentencia de noviembre 19 de 1999, párr. 227.

<sup>295</sup> Corte IDH, Caso Barrios Altos contra Perú, Sentencia de marzo 14 de 2001, párr. 43.

<sup>296</sup> Corte IDH, Caso Almonacid Arellano contra Chile, Sentencia de septiembre 26 de 2006, párr. 119.

<sup>297</sup> “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías (...). 2. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad (...)”.

<sup>298</sup> Ver “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas”, numeral VIII, Acceso a la justicia.

<sup>299</sup> ONU, Consejo Económico y Social, Conjunto de Principios actualizados para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, Principio 19. E/CN.4/2005/102/Add.1, de febrero 8 de 2005.

<sup>300</sup> SANTIAGO ROMERO, *La JEP: instrumento de paz, justicia y verdad*, ob. cit., p. 175.

### c) Ley 1922 de 2018<sup>301</sup>

El Código de Procedimiento de la JEP. La Sección Segunda del Capítulo Segundo del Título Tercero de la Ley 1922 se denomina *formas de terminación anticipada del proceso*. El artículo 49 regula en diez y siete incisos la solicitud de la renuncia a la persecución penal sin mencionar en cuáles fases procesales intervendrán las víctimas.

#### 1) La persona *compareciente*

El artículo 49 de la Ley 1922 comienza diciendo la persona *compareciente*<sup>302</sup>. Esta norma no utiliza las expresiones “agentes del Estado” ni “FARC-EP” simplemente se refiere a la persona compareciente. No obstante, el inciso seis de esta disposición, preceptúa: “Los comparecientes (...) *que no tengan participación determinante* en la comisión de conductas graves y representativas (...)” (cursivas fuera del texto). Por su parte, el inciso siete de esta norma se refiere a agentes del Estado no integrantes de la fuerza pública *que no hayan tenido una participación determinante*. Todos ellos podrán solicitar la renuncia a la persecución penal.

¿Quién es compareciente? “Es la persona que se acogió o fue puesta a disposición de la JEP”<sup>303</sup>, y los agentes del Estado tendrán la calidad de sujeto procesal “de manera preferente” como se explicó.

A luz de la Ley 1820 y la Ley Estatutaria 1957 podría concluir que los beneficiarios de la solicitud de renuncia a la persecución penal son los agentes del Estado, porque para ellos fue creado este beneficio, y el artículo 49 está reglando un procedimiento exclusivo para ellos como comparecientes.

---

<sup>301</sup> Véase la Sentencia C-112 de 2019 de la Corte Constitucional que declaró constitucional e inconstitucional algunas normas no relevantes en materia procedimental de los temas que desarrollaré.

<sup>302</sup> El artículo 4° de la Ley 1922 distingue entre los sujetos procesales y los *intervinientes* especiales como son las víctimas. El artículo 49 disfrazó la calidad de victimarios con la denominación de *persona compareciente*.

<sup>303</sup> Artículo 5° de la Ley 1922.

## 2) Centralidad de los derechos de las víctimas<sup>304</sup>

La víctima asumirá su papel de *interviniente especial* (art. 4°). Como se ha venido explicando la calidad de sujeto procesal es deficiente, porque las víctimas no podrían “actuar como partes legitimadas activamente en todas las fases del procedimiento”<sup>305</sup>; se restringe su participación a “los momentos establecidos para ello en la ley” (1922, artículo 2°<sup>306</sup>), porque la ley desarrolla precariamente la *centralidad de los derechos de las víctimas* en dos procedimientos típicos diseñados para los victimarios, así:

- Libro Segundo, Título Primero, procesos en caso de reconocimiento de responsabilidad en el cual las organizaciones de víctimas podrán ser invitadas a *presenciar* la audiencia pública de reconocimiento de verdad y responsabilidad (artículos 27 a 33). El artículo 27D se refiere a la precaria participación de las víctimas por medio de Asociaciones de víctimas que presenten los Informes ante la sala, y como derecho podrán “ser oídas en los supuestos de priorización y selección de casos”.
- Título Segundo, procesos en caso de ausencia de verdad (artículo 34) sin norma expresa que enumere los derechos de las víctimas o la comparecencia de las organizaciones de víctimas<sup>307</sup>.

“No existe una pedagogía ni siquiera para llegar a una audiencia” (Minga)<sup>308</sup>.

Luego se establecieron dos procedimientos atípicos, a saber: La terminación anticipada del proceso (artículo 49, la renuncia a la persecución penal con la preclusión de la investigación, artículo 50) y la acción de revisión (artículos 52 y 52A); en el primero no se diseñó un trámite con fases procedimentales, mientras que en el segundo no existe un proceso por terminar. De la lectura de las

---

<sup>304</sup> Con este título se destaca el Libro Primero, Título Primero, con los artículos 2° y 3° en la Ley 1922.

<sup>305</sup> SANTIAGO ROMERO, La JEP: instrumento de paz, justicia y verdad, ob. cit., p. 175.

<sup>306</sup> Parágrafo 2: “(...) la sala o sección del Tribunal para la paz adelantará audiencias públicas en las cuales las víctimas y sus representantes pueden exponer en forma individual o colectiva sus peticiones, objeciones, recursos, las cuales serán resueltas en las respectivas etapas procesales”.

<sup>307</sup> Confróntese con el artículo 27D, y se constata el vacío normativo.

<sup>308</sup> VEGA DUEÑAS, ob. cit., vj69.pvje.

anteriores disposiciones está claro que las víctimas no podrán actuar como partes en todas las fases del procedimiento, sino en algunas fases no definidas claramente en esta ley.

El acceso de las víctimas (negras, afrocolombianas, raizales, indígenas, campesinas, pobres, en estado de vulnerabilidad) a la justicia depende de la presentación de Informes por medio de Asociaciones de víctimas; “pues la JEP no tendría capacidad para relacionarse con las víctimas individuales, aisladas o campesinas”<sup>309</sup>.

“El representante de la [Asociación] Minga expresa que los Informes que está esperando la JEP son difíciles de elaborar y son especialmente técnicos”<sup>310</sup>, porque deben reunir unos requisitos formales (agrupar los hechos más representativos que permita identificar sistematicidad o patrones criminales) y sustanciales (el impacto diferencial de los daños ocasionados), además de demostrar un interés directo y legítimo<sup>311</sup>.

En tratándose de violencia sexual los Informes reunirán los mismos requisitos, “haciendo una descripción de las formas en que el grupo [armado] se relacionaba con las mujeres”<sup>312</sup>, lo que implica revictimizarlas con requisitos formales y de fondo. Ante el respeto a la dignidad de las mujeres/víctimas prevalece el procesalismo.

“La carga de establecer cómo sucedieron los hechos no es una carga de la mujer; es una obligación en cabeza de la autoridad judicial”<sup>313</sup>.

Como se observa, este diseño normativo de los procedimientos les garantiza a los agentes del Estado el acceso efectivo a la justicia transicional<sup>314</sup>, sin

---

<sup>309</sup> *Ibidem*.

<sup>310</sup> *Ibidem*.

<sup>311</sup> Sala de Reconocimiento de Verdad, Documento Guía para la presentación de Informes por Organizaciones de víctimas, mayo 24 de 2018, pp. 7 a 9 y 14. Disponible en: [www.jep.gov.co](http://www.jep.gov.co)

<sup>312</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>313</sup> RINCÓN, TATIANA, ob. cit., p. 146.

<sup>314</sup> Los agentes del Estado tienen a su disposición un amplio sistema de defensa jurídica gratuita, por medio de abogados de la fuerza pública del Ministerio de Defensa (artículo 60, Ley 1820), quienes además podrán acudir a un apoderado designado por el Sistema Autónomo de Asesoría y Defensa administrado por la Secretaría Ejecutiva de la JEP (artículo 6°, Ley 1922). Esta doble protección procesal para los victimarios

garantizar el derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo para las víctimas, quienes comparecerían sin garantías judiciales (art. 8) y sin protección judicial (art. 25.1 de la CADH), a la terminación anticipada de un proceso<sup>315</sup>, violándose el derecho a ser oídos “en plena igualdad” en el proceso (art. 8.1 y 2) y desconociéndose el principio de igual protección ante la ley, y el *principio de no discriminación* (artículos 24 y 1.1.).

### 9.3. MARCO REGLAMENTARIO

La Sala de Definición de la JEP, sin tener competencia<sup>316</sup>, el 13 de abril de 2018 expidió el Protocolo N° 001 de 2018, por el cual se adoptan los trámites ante dicha Sala, junto con el Anexo N° 1.

“Contrario al tratamiento que da el CPP a la solicitud de preclusión, esta no encuentra una regulación detallada ni en las Reglas de Procedimiento de la JEP ni el Protocolo 001 de 2018”<sup>317</sup>, y esta falencia de técnica legislativa se suplió con un acto administrativo.

El acto administrativo, como es el Protocolo N° 001, pareciera llenar los vacíos procesales que dejaron las Leyes 1820 y 1922 en cuanto a la minimizada participación de las víctimas y sus familiares durante el procedimiento de la renuncia a la persecución penal.

---

sitúa en condiciones de desigualdad procesal a las víctimas, y como sujetos discriminados no reciben *igual protección de la ley* (artículos 1 y 24 de la CADH).

<sup>315</sup> La Corte IDH consideró “que el Estado no proveyó las debidas garantías para asegurar a las víctimas un debido proceso en la determinación de sus derechos (párr. 155)”, por lo cual declaró las violaciones a los derechos reconocidos en los artículos 8 y 25 de la CADH, y ordenó al Estado realizar una nueva investigación real y efectiva; Caso Paniagua Morales y otros (caso de la “Panel Blanca”) contra Guatemala, Sentencia de marzo 8 de 1998.

<sup>316</sup> No existe norma constitucional ni legal que le asigne competencia a la Sala para expedir este Protocolo, porque al regular un derecho fundamental como el debido proceso la competencia corresponde al Congreso mediante ley estatutaria (artículos 150, numeral 2 de la Constitución) y si establece “las formas propias de cada juicio”, esto es, las reglas de procedimiento también la competencia le corresponde al legislador (artículos 29, inciso 2 y 150, numeral 2 de la Constitución), según el principio de legalidad; ley es aquella decisión “emanada de los órganos legislativos democráticamente elegidos”, O.C. 06/86 de mayo 9 de 1986 de la Corte IDH. Pareciera que la Sala desconoce esta decisión jurisprudencial, pero es inaceptable que olvide el principio de legalidad (art. 9 CADH). Por tanto, el Protocolo además de inconstitucional es inconvencional.

<sup>317</sup> ZULUAGA TABORDA, “Resoluciones proferidas por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas”, ob. cit., p. 335.



En el literal A, numeral 11, entre las formas de la terminación anticipada del proceso, enumera la renuncia a la persecución penal, la cual según el numeral 15 debe formularse mediante un escrito de *solicitud de preclusión* invocando la causal en que se fundamenta, y la relación de las pruebas que se pretenda hacer valer, repitiendo los contenidos del artículo 50 de la Ley 1922.

Finalmente, con inusitada avidez, y sustituyendo al legislador ordinario en un solo numeral (el 2), se enunciaron los derechos de las víctimas, entre otros, a “participar en el procedimiento”, sin especificar cuáles serían sus derechos procesales en concreto y la oportunidad procesal para ejercerlos. En otras palabras, se diseñó un proceso con la intervención de un solo sujeto procesal: el victimario, bien sea el agente del Estado o ex-combatiente de las FARC-EP, a quienes se le dedicaron 14 numerales (del 3 al 17 del Protocolo), mientras que a la intervención de los niños, niñas y adolescentes, en calidad de víctimas o testigos se le destinó el numeral 4.

No es más que el procedimiento transicional por la paz, con una ponderada dosis de injusticia.

“La construcción de la paz se encuentra indisolublemente vinculada a la investigación, juzgamiento y reparación de las violaciones de los derechos humanos, *particularmente aquellas cometidas por los agentes del Estado mismo*”<sup>318</sup> (cursivas fuera del texto).

Expongo unas previas consideraciones generales y específicas en cuanto a los procedimientos.

“En el Acuerdo de La Habana se contemplaba que las víctimas fueran oídas en los supuestos de priorización y selección de casos. Ello no significaba que pudieran actuar como partes legitimadas activamente en todas las fases del procedimiento, dado que ello podría resultar incompatible con la eficacia procesal del sistema<sup>319</sup>”, argumenta el asesor jurídico de las FARC. Según la

---

<sup>318</sup> CIDH, Informe Anual 2013, Colombia, párr. 249.

<sup>319</sup> SANTIAGO ROMERO, *La JEP: instrumento de paz, justicia y verdad*, ob. cit., p. 175.

implementación procesal del AFP (leyes y reglamentos procedimentales citados) los agentes del Estado, las FARC y las víctimas teóricamente tendrían acceso a la justicia en la fase procesal de *investigación* que termina con la Resolución de conclusiones.

En el evento de que se conceda la renuncia a la persecución penal a los agentes del Estado que se califiquen como “los no máximos responsables” se hará operativa la terminación anticipada del proceso, y, por ende, las víctimas no accederían a la fase de *juzgamiento* ni a la fase de *sanción*<sup>320</sup>, por cuanto el caso no sería seleccionado incumpléndose con el deber irrenunciable del Estado de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar los crímenes internacionales con estatus de *ius cogens*, lo que genera responsabilidad internacional del Estado, y con un enfoque orientado a los máximos responsables continuaría el proceso.

#### 9.4. CONSIDERACIONES ESPECÍFICAS FINALES

Se demuestra que la expedición de las reformas constitucionales transitorias de 2012 y de 2017, la Ley 1957 de la JEP, las Leyes ordinarias 1820 y 1922 y el Protocolo 001<sup>321</sup> constituyen violaciones a la CADH, las cuales afectan derechos protegidos respecto de víctimas determinadas, generando así **responsabilidad internacional del Estado**<sup>322</sup> (negrillas fuera del texto).

“Mientras dichas leyes permanecen en vigor, confórmase una situación continuada de violación de normas pertinentes de los tratados de derechos humanos que vinculan al Estado (los artículos 8 y 25, en concordancia con los

---

<sup>320</sup> La jurisprudencia *constante* de la Corte IDH exige al Estado asegurar el pleno acceso de las víctimas en todas las etapas de la investigación y el juzgamiento de los responsables, Caso Chichupac, párr. 286.

<sup>321</sup> Solo en lo que se refiere a las normas relacionadas con “la renuncia a la persecución penal de todos los casos no seleccionados”.

<sup>322</sup> Cfr. Corte IDH, OC-14/94, Opinión Consultiva de diciembre 9 de 1994, Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 58.1.

artículos 1.1 y 2 de la Convención)”<sup>323</sup>, por cuanto no se garantiza el derecho, en condiciones de plena igualdad, de acceso de las víctimas a la justicia<sup>324</sup>.

Se concluye “que si se renuncia a la persecución penal de graves violaciones derechos humanos conforme a criterios de selección y priorización, se vulnera las obligaciones de Derecho internacional que tiene Colombia”<sup>325</sup>, porque las víctimas no podrán “actuar como partes legitimadas activamente en todas las fases del procedimiento”<sup>326</sup>, y aún a la fecha “no se ha concebido de forma más detallada una reglamentación a las distintas modalidades de participación”<sup>327</sup>, dándole un trato discriminatorio y desigual no justificado a las víctimas<sup>328</sup>. Por tanto, se impone “la necesidad de realizar ajustes en los procedimientos para garantizar la plena participación de las víctimas en todas las etapas del proceso”<sup>329</sup>. Por ello la justicia transicional no es una justicia restaurativa y prospectiva. “El problema es cuando la justicia restaurativa se diseña principalmente desde el punto de vista de la reinserción del victimario”<sup>330</sup>.

Con la anterior argumentación demuestro que el legislador, al imponer la aplicabilidad de “*manera preferente*” de la renuncia a la persecución penal sobre *los derechos de las víctimas*, desconoció la primacía del acervo convencional y, aun así, la Corte Constitucional le impartió la bendición a la citada renuncia para los agentes del Estado que se califiquen como “los no máximos responsables” de crímenes internacionales. “Su vigencia crea *per se* una situación que afecta de forma continuada derechos inderogables, que pertenecen al dominio del *ius cogens*”<sup>331</sup>.

---

<sup>323</sup> Voto Concurrente del Juez Antonio Cancado Trindade en el Caso Barrios Altos contra el Perú, Sentencia de marzo 14 de 2001, párr. 8.

<sup>324</sup> Cfr. Corte IDH, **Caso Órdenes Guerra y otros contra Chile**, Sentencia de noviembre 29 de 2018, párr. 130.

<sup>325</sup> Intervención de Amnistía Internacional durante el proceso de constitucionalidad del A.L. 01 de 2012.

<sup>326</sup> SANTIAGO ROMERO, *La JEP: instrumento de paz, justicia y verdad*, ob. cit., p. 175.

<sup>327</sup> ZULUAGA, JOHN, ¿Qué nos enseñan los dos años primeros años de la JEP? Periódico Ámbito Jurídico, 3 al 15 de marzo de 2020, pp. 14 y 15.

<sup>328</sup> El principio de igualdad “es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico”, Corte IDH, OC-18/03, Opinión Consultiva, ob. cit., párr. 101.

<sup>329</sup> CIDH, Informe Anual 2019 Colombia, párr. 67.

<sup>330</sup> VARONA MARTÍNEZ, GEMA, “Paz sin justicia en procesos transicionales. Reflexiones victimológicas sobre los casos vasco y colombiano”, en la obra colectiva *Colombia como nuevo modelo para la justicia de transición*, ob. cit., p. 107.

<sup>331</sup> Voto Concurrente del Juez Antonio Cancado Trindade en el Caso Barrios Altos contra el Perú, Sentencia de marzo 14 de 2001, párr. 11.

## 10. LA INCONVENCIONALIDAD DE LA RENUNCIA CONDICIONADA A LA PERSECUCIÓN PENAL DE TODOS LOS CASOS NO SELECCIONADOS

Explicaré la reforma constitucional creadora del nuevo sistema penal de investigación con los mecanismos constitucionales procesales de *priorización* y *selección*, que permiten centrar los esfuerzos en la investigación penal de los *máximos responsables* de todos los delitos que adquieran connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, a partir de la creación de *macroprocesos*, excluyendo el tradicional examen de *caso a caso*, lo cual es incompatible con la obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a todos los responsables de crímenes internacionales con estatus de *ius cogens*, independientemente de su jerarquía; deber de origen consuetudinario y convencional, cuyos contenidos veremos en seguida.

### 10.1. LA NORMA CONSUETUDINARIA DEL DEBER DE INVESTIGAR Y SANCIONAR Y LA CODIFICACIÓN CONVENCIONAL INTERAMERICANA<sup>332</sup>

En el capítulo primero expuse las normas 151 y 158<sup>333</sup> del DIH consuetudinario<sup>334</sup> que establecieron el deber internacional de investigar y, si procede, encausar a los responsables que cometan crímenes de guerra.

“El deber de investigar y juzgar los crímenes más graves, entre ellos los crímenes de guerra, no solamente se afirma en el Estatuto de Roma (los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo<sup>335</sup>) sino que ha sido considerado como una norma establecida del Derecho internacional consuetudinario”<sup>336</sup> [Norma 158].

---

<sup>332</sup> No olvidemos que “(...) no existe un instrumento internacional que autorice renunciar a la persecución de los responsables de crímenes de derecho internacional o de violaciones a derechos humanos, Intervención de Amnistía Internacional, en el control de constitucionalidad del A.L. 01 de 2012 (MJP)”, véase Sentencia C-579 de 2013, párr. 4.5. 2.

<sup>333</sup> COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, *Lista de las normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario*, en J.M. HENCKAERTS, *Estudios sobre el Derecho Internacional Humanitario*, 2005, Madrid., p. 789.

<sup>334</sup> La costumbre es fuente del derecho internacional, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, Artículo 38, numeral 1, literal b).

<sup>335</sup> Estatuto de Roma, Preámbulo, párrafo 5.

<sup>336</sup> Fiscal de la CPI, escrito *amicus curie*, ob. cit. párr. 35.

Existe “una costumbre internacional que [obliga] a los Estados a investigar, juzgar y sancionar todas las graves violaciones de los derechos humanos que constituyan crímenes internacionales”<sup>337</sup>.

UPRIMNY YEPES se refiere a “la posible fuente de una obligación más amplia que comprendería todos los crímenes internacionales, que sería la costumbre internacional”<sup>338</sup>.

A su vez, esta costumbre internacional se codificó en tres Convenciones Interamericanas que establecen expresamente el mismo deber de investigar y sancionar a cargo de los Estados Parte, entre otros el Estado colombiano. Resaltamos transcribiendo las respectivas normas convencionales: Artículos 1<sup>339</sup> y 8<sup>340</sup> de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar Tortura; artículos I literal b)<sup>341</sup>, y VII<sup>342</sup> de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, y artículo 7, literales b)<sup>343</sup> y f)<sup>344</sup> de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará<sup>345</sup>.

De cada una de estas normas convencionales nace la obligación específica de investigar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos, con particular referencia a la Tortura y la Desaparición Forzada de Personas, porque

---

<sup>337</sup> UPRIMNY YEPES y otros, *Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia negociada*, ob. cit., p. 36.

<sup>338</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>339</sup> “Los Estados Partes se obligan a prevenir y a sancionar la tortura (...)”.

<sup>340</sup> “(...) los Estados Partes garantizarán que sus respectivas autoridades procederán de oficio y de inmediato a realizar una *investigación* sobre el caso y a iniciar, cuando corresponda, el respectivo proceso penal”.

<sup>341</sup> “Sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas (...)”.

<sup>342</sup> “La *acción penal* derivada de la desaparición forzada de personas y la *pena* que se imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción”.

<sup>343</sup> “Los Estados Partes (...) convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir y sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: (...) b) actuar con la debida diligencia para prevenir, *investigar* y *sancionar* la violencia contra la mujer”.

<sup>344</sup> “Los Estados Partes (...) convienen en (...) f) establecer *procedimientos legales justos* y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, *un juicio oportuno* y el *acceso efectivo a tales procedimientos*”.

<sup>345</sup> Los Estados Partes en esta Convención deben “actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer” (art. 7), definida como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, *sexual* o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado” (art. 1). Se resalta en esta norma la violencia sexual. “En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando [esté] afectada por situaciones de conflictos armados” (art. 9).

son “crímenes que han adquirido el estatus de derecho imperativo (*ius cogens*) en derecho internacional”<sup>346</sup>.

Para “lograr una base de derecho internacional funcional para la obligación de enjuiciar, tiene sentido derivar dicha base de convenciones de derechos humanos”<sup>347</sup>, afirma la doctrina alemana.

En caso de violaciones graves a cualquiera de las tres convenciones<sup>348</sup> las víctimas o sus familiares tendrán derecho de acceder a la justicia y a un recurso judicial efectivo (art. 25.1, CADH), con el respeto de las garantías judiciales (art. 8.1, CADH<sup>349</sup>), con el objeto de que se investigue, juzgue y, en su caso, se sancione dichas conductas, de modo que los Estados Partes en estas Convenciones tienen la obligación de interpretar y aplicar sus normas de *bona fide* (*pacta sunt servanda*)<sup>350</sup>, sin que proceda el margen de apreciación nacional, ajeno al SIDH, según jurisprudencia de la Corte IDH.

“Es así como, ante la gravedad de determinados delitos, las normas del derecho internacional consuetudinario y convencional establecen el deber de juzgar a sus responsables”<sup>351</sup>, obligación internacional que se incumpliría con la renuncia a la persecución penal<sup>352</sup>, por ello “la persecución penal es una vía fundamental para prevenir futuras violaciones de derechos humanos”<sup>353</sup>, la cual no se logrará

---

<sup>346</sup> Cfr. Carta de la Fiscal de la CPI, de agosto 7 de 2013, ob. cit.

<sup>347</sup> GROPENGIEFSER, HELMUT y MELFSNER, JÖRG, “Las amnistías y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, en la obra colectiva *¿Son compatibles las amnistías y la Corte Penal Internacional?* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018, pp. 40 y 41.

<sup>348</sup> Recordemos que las tres Convenciones forman parte del acervo convencional interamericano que se subsume en el parámetro de convencionalidad para el ejercicio del control de convencionalidad. Además, el acervo ingresa al bloque de constitucionalidad según el concepto que propuse anteriormente.

<sup>349</sup> Las Garantías judiciales (art. 8) son derechos inderogables según el artículo 27.1 de la CADH: “En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia (...)”, ninguno de los derechos humanos enumerados taxativamente en esta norma podrán ser suspendidos, por ello el numeral 2 enfatiza al expresar “ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”, por ejemplo, en caso de emergencia como podría ser en los conflictos armados internos las garantías judiciales no se suspenderían porque constituyen el *núcleo duro* de los derechos convencionales, según la jurisprudencia y la doctrina.

<sup>350</sup> “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. Artículo 26, *pacta sunt servanda*, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

<sup>351</sup> Ver Voto del Juez Antonio Cancado Trindade en el Caso Goiburi y otros contra Paraguay, Sentencia de septiembre 1° de 2010, párr. 128.

<sup>352</sup> “Un Estado no puede otorgar protección directa o indirecta a los procesados por crímenes que impliquen violaciones graves contra derechos humanos mediante *la aplicación indebida de figuras legales* que atenten contra las obligaciones internacionales pertinentes (...)”. Corte IDH, caso Manuel Cepeda Vargas contra Colombia, Sentencia de mayo 26 de 2010, párr. 160 (cursivas fuera del texto).

<sup>353</sup> Ver Voto del Juez Antonio Cancado Trindade en el Caso Goiburi y otros contra Paraguay, Sentencia de septiembre 1° de 2010, párr. 92.

alcanzar con la aplicabilidad de la renuncia a la persecución penal en todos los casos que no seleccionará la JEP<sup>354</sup>, desconociendo la *jurisprudencia constante* de la Corte IDH: “Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar **toda violación** de los derechos reconocidos por la Convención”<sup>355</sup> (negritas fuera del texto).

De tal manera que, al no seleccionar todos los casos, la JEP no va a investigar y sancionar las graves violaciones de los derechos convencionales, que se configuren en graves crímenes internacionales con estatus de *ius cogens*, como por ejemplo “la violencia sexual que puede llegar en determinadas circunstancias a la categoría de tortura”<sup>356</sup>.

## **10.2. DEBER INTERNACIONAL DE INVESTIGAR, JUZGAR Y, EN SU CASO, SANCIONAR. REGLA CON “CARÁCTER DE *JUS COGENS*” EN ALGUNOS CASOS**

El deber internacional de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar, ha alcanzado el “carácter de *jus cogens*”, en algunos casos de graves violaciones de derechos humanos, según jurisprudencia de la Corte IDH<sup>357</sup>:

“La obligación de investigar adquiere particular intensidad e importancia ante la gravedad de delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados, incluso hasta alcanzar esa obligación, en algunos casos, el carácter de *ius cogens* [...] en casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas,

---

<sup>354</sup> “Por ello, en las decisiones sobre *la aplicación de estas figuras procesales* a una persona, las autoridades estatales deben hacer prevalecer la consideración de la imputación de graves violaciones de derechos humanos”. Corte IDH, caso Manuel Cepeda Vargas contra Colombia, Sentencia de mayo 26 de 2010, párr. 160 (cursivas fuera del texto).

<sup>355</sup> Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, Sentencia de julio 29 de 1988, párr. 166.

<sup>356</sup> CIDH, Informe de admisibilidad y fondo N° 5/96, Caso 10.970. Raquel Martín Mejía (Perú), marzo 1° de 1996, en el cual la CIDH “estableció que la violación podría constituir una forma de tortura cuando: «produce un sufrimiento físico y mental en la víctima»” en *Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado interno en Colombia*, Washington, 2006, p. 20.

<sup>357</sup> Corte IDH, Caso Rochac Hernández y otros, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de octubre 14 de 2014, párr. 92. Caso Contreras y otros, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de agosto 31 de 2011, párr. 83. En estos dos casos los hechos se relacionan con la desaparición forzada de personas en el marco del conflicto armado interno en El Salvador. Casos de Masacre de Plan de Sánchez, Sentencia de noviembre 19 de 2009, párr. 156 y la Masacre de las Dos Erres, Sentencia de noviembre 24 de 2009, párrs. 139 y 141, son casos contra Guatemala también por hechos sucedidos en el conflicto armado interno. Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri contra Perú, Sentencia de julio 8 de 2004, párrs. 76, 111 y 112. Véase Voto del Juez Cancado Trindade, quien relacionó el derecho imperativo (*ius cogens*) con la responsabilidad agravada del Estado por tratarse de la tortura de unos niños, párrs. 37 a 40. En el Caso Herzog y otros contra el Brasil, la Corte IDH ha enfatizado que “la prohibición de la tortura tiene carácter de *jus cogens*”; “la prohibición de cometer actos constitutivos de crímenes de lesa humanidad también tiene carácter de *jus cogens*”, párr. 220.

tortura y otras graves violaciones a los derechos humanos [...]. Por la naturaleza y gravedad de los hechos, más aún si existe un contexto de violación sistematizada de derechos humanos, los Estados se hallan obligados a realizar una investigación con las características señaladas, de acuerdo con los requerimientos del debido proceso. El incumplimiento genera, en tales supuestos, responsabilidad internacional del Estado”<sup>358</sup>.

Como lo expliqué anteriormente, en los casos Masacre Plan de Sánchez y la Masacre de Las Dos Erres<sup>359-360</sup>, “la falta de investigación de hechos graves como torturas y violencia sexual constituyen un incumplimiento de las obligaciones del Estado frente a graves violaciones a los derechos humanos las cuales contravienen normas inderogables (*ius cogens*), y generan obligaciones para los Estados como la de investigar, juzgar y sancionar dichas prácticas”<sup>361</sup>; “la prohibición de la desaparición forzada de personas y el correlativo deber de investigarlas y sancionar a sus responsables han alcanzado carácter de *ius cogens*”<sup>362</sup>; “obligaciones derivadas precisamente de la propia naturaleza del crimen (*ius cogens*), que se denominan esencialmente por su imperatividad, *erga omnes*, porque obligan a todos los Estados a su observancia y ejecución”<sup>363</sup>.

¿Qué dice la doctrina internacionalista respecto de las normas imperativas de *ius cogens*? “La persecución de los crímenes internacionales es una obligación *erga omnes* derivada del propio estatuto de *ius cogens* inherente a esta categoría de crímenes”<sup>364</sup>.

El *ius cogens* “se proyecta sobre el derecho interno, invalidando cualquier medida o acto incompatible con él”<sup>365</sup>, según Candado Trindade, “de lo cual no

---

<sup>358</sup> Corte IDH, Caso Ríos y otros contra Venezuela, párr. 298.

<sup>359</sup> Corte IDH, caso de la Masacre de las Dos Erres, ob. cit., párrs. 139 y 141, citado por la CIDH en *Estándares jurídicos: igualdad de género y derechos de las mujeres*, Washington, OEA, 2015, pp. 28 y 29.

<sup>360</sup> Durante el cual “las mujeres fueron particularmente seleccionadas como víctimas de violencia sexual”, *ídem*, párr. 139.

<sup>361</sup> “[l]a violación sexual de las mujeres fue una práctica del Estado, ejecutada en el contexto de las masacres, dirigida a destruir la dignidad de la mujer a nivel cultural, social, familiar e individual”, *ídem*, párr. 139.

<sup>362</sup> CORTE IDH, Caso Goiburú y otros contra Paraguay, sentencia de 22 de septiembre de 2006, párr.84.

<sup>363</sup> OLLÉ SESÉ, *Crímen internacional y Jurisdicción Penal Nacional: de la Justicia Universal a la Jurisdicción Interestatal*, ob. cit., pp. 114 y 115.

<sup>364</sup> *Ídem*, ob. cit., p.114.

<sup>365</sup> CÁNCAO TRINDADE, ANTONIO AUGUSTO, “La ampliación del contenido del *ius cogens*”. Disponible en: <http://www.oas.org/dil/esp/3%20cancado.DM.MR.I-I6.pdf>;



escapa el poder constituyente ni el reformador de la Constitución”<sup>366</sup>. Por tanto, la norma constitucional transitoria de la renuncia a la persecución penal, por ser manifiestamente incompatible con una norma imperativa e inderogable de *ius cogens*, por ejemplo, la violencia sexual como tortura es invalida según el Derecho internacional, por consiguiente, deberá ser inaplicada por la JEP al momento de resolver casos de graves violaciones a los derechos humanos tipificados como crímenes internacionales con estatus de *ius cogens*.

Si dicha norma constitucional es aplicada para beneficiar agentes del Estado que se califiquen como “los no máximos responsables” en casos concretos de violencia sexual de niños, niñas y adolescentes tipificados como crímenes internacionales, se generaría además la violación del acervo convencional que contiene la *jurisprudencia constante* de la Corte IDH, relacionada con el deber de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar las graves violaciones a los derechos humanos<sup>367</sup>; además se violaría la norma consuetudinaria que le dio origen a este deber, y que luego se convencionalizó.

Establecido el origen consuetudinario y convencional del deber irrenunciable de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a todos los responsables de crímenes internacionales con estatus de *ius cogens*, a continuación demostraré en abstracto la incompatibilidad con el Derecho internacional (DIDH y DPI) de la norma constitucional de la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados.

---

<sup>366</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO, *El concepto de convencionalidad. Vicisitudes para su construcción sustancial en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Ideas fuerza rectoras*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017, p. 324. Cfr. REMIRO BROTONS, ANTONIO, *Derecho Internacional Público*, T. II, *Derecho de los Tratados*, Editorial Tecnos, Madrid, 1987, pp. 325 y 326.

<sup>367</sup> CORTE IDH, Resolución de Medidas Provisionales y Supervisión de cumplimiento de sentencia de 12 de marzo de 2019 (párr. 31). Resolución de agosto 31 de 2017 en el Caso de la Masacre de El Mozote, párr.17. Resolución de Medidas Urgentes del presidente Eduardo Ferrer Mac-Gregor, de 28 de mayo de 2019. Estas decisiones me permiten argumentar la *primacía de la jurisprudencia constante* de la Corte, como expuse en el primer y segundo capítulos.

### 10.3. CREACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS MECANISMOS PROCESALES DE PRIORIZACIÓN Y SELECCIÓN DE CASOS. LA RENUNCIA CONDICIONADA A LA PERSECUCIÓN JUDICIAL PENAL

El Congreso, en ejercicio de función constituyente, aprobó una reforma constitucional transitoria (el A.L. 01 de 2012 –MJP–, modificado por el artículo 3º<sup>368</sup> del A.L. 01 de 2017), creando los mecanismos procesales de priorización y selección de casos, y la renuncia condicionada a la persecución judicial penal, asignando competencias al Congreso para que mediante ley estatutaria fijara los criterios de selección de casos. “Esta disposición [A.L.01/12] fue incorporada en la Constitución bajo el entendido de que son miles los responsables de crímenes graves, que al ser judicializados uno a uno colapsaría la JEP”<sup>369</sup>.

El Constituyente omitió mencionar las víctimas y su derecho a la reparación integral del daño causado por los crímenes internacionales<sup>370</sup>.

La reforma constitucional incorpora los criterios de selección de casos<sup>371</sup>:

Criterio subjetivo, tiene en cuenta la calidad de los victimarios que son los máximos responsables. Criterio objetivo, se establece una lista de todos los

---

<sup>368</sup> “Tanto los **criterios de priorización** como los de **selección** son inherentes a los instrumentos de justicia transicional. El Fiscal General de la Nación determinará criterios de priorización para el ejercicio de la acción penal, salvo en los asuntos que sean de competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz. Sin perjuicio del deber general del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, en el marco de la justicia transicional, el Congreso de la República, por iniciativa del Gobierno Nacional, podrá mediante ley estatutaria determinar **criterios de selección** que permitan *centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra* cometidos de manera sistemática; establecer los casos, requisitos y condiciones en los que procederían la suspensión de la ejecución de la pena; establecer los casos en los que proceda la aplicación de sanciones extrajudiciales, de penas alternativas, o de modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena; **y autorizar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados**, siempre sin alterar lo establecido en el Acuerdo Final de la creación de la JEP y en sus normas de desarrollo. La ley estatutaria tendrá en cuenta *la gravedad y la representatividad de los casos* para determinar los criterios de selección” (lo subrayado y resaltado en cursivas y negrillas fuera del texto).

<sup>369</sup> CRISTO y RIVERA, ob. cit., pp. 159 y 160.

<sup>370</sup> En la CADH el centro son las víctimas y no los victimarios (artículo 46, num.1, literal b), numeral 2, literal b) y artículo 63.1. El ER en el Preámbulo se refiere a “millones de niños, mujeres y hombres que han sido víctimas de atrocidades”, el artículo 68 trata de la protección de las víctimas, y el artículo 75 se relaciona con la reparación de las víctimas. El principio de centralidad de las víctimas permea el Derecho internacional.

<sup>371</sup> Cfr. LÓPEZ DÍAZ, CLAUDIA, “Selección y priorización de delitos como estrategia de investigación en la justicia transicional”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 42, N° 117/515-579, Medellín, julio-diciembre de 2012, pp. 553 y 554.

delitos que adquirieran la connotación de *crímenes de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra* cometidos de manera sistemática.

De la precitada reforma constitucional se infiere una distinción entre “máximos responsables” y los que se califiquen como “no máximos responsables”.

El MJP se refiere a “*los máximos responsables*”<sup>372</sup> y el ER no hace esta distinción de los niveles jerárquicos de los responsables, por el contrario, el Preámbulo del ER recuerda “que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales” (sexto considerando)<sup>373</sup>.

La Fiscal de la CPI advirtió que la denominación “máximos responsables” podría conducir a “una situación de impunidad generalizada”, con “una interpretación excesivamente amplia” que realice la JEP<sup>374</sup>.

Esta situación puede convertirse en una fuente de múltiples violaciones de derechos humanos de las víctimas, pues estarán sometidas a la negación de sus derechos en el marco de un tratamiento discriminatorio, debido a que la efectividad de sus derechos dependerá de si su victimario es calificado como máximo responsable, lo cual “crea un trato discriminatorio y desigual no justificado”<sup>375</sup>, violatorio del debido proceso.

Por otra parte, el constituyente facultó al Congreso para que mediante ley estatutaria determinara los criterios de selección: (i) que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables<sup>376</sup> de todos los delitos citados, (ii) teniendo en cuenta la gravedad y la representatividad de los casos, cuyos conceptos expliqué anteriormente.

---

<sup>372</sup> Como se explicó “*máximos responsables*” equivale a “*participación determinante*”, según la doctrina. El AFP utiliza esta expresión, p.149, párr.32, p.159 párr.50 y p.165, párr.60.

<sup>373</sup> “Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo (...)”, cuarto considerando.

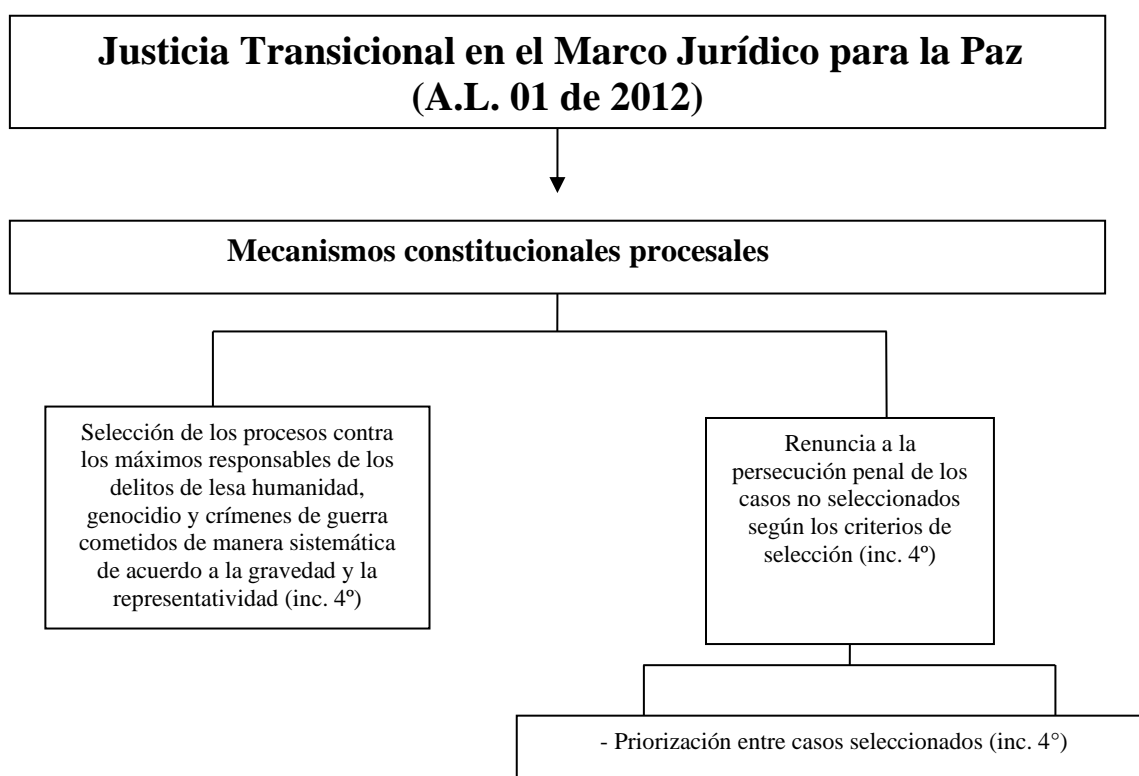
<sup>374</sup> Fiscal de la CPI en escrito *amicus curie*, octubre 18 de 2017, ante la Corte Constitucional durante el proceso de constitucionalidad del precitado y transcrito A.L. 01 de 2017.

<sup>375</sup> Cfr. Intervención de la Oficina del Alto Comisionado de la ONU ante la Corte Constitucional durante el proceso de constitucionalidad de la Ley 1922 de 2018, Sentencia C-112 de 2019.

<sup>376</sup> Obsérvese que la Ley Estatutaria 1957 se refiere a “quienes tuvieron una participación determinante”, y no a los máximos responsables.

En la actualidad la JEP está aplicando criterios de priorización (construcción de macrocasos) que permiten centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables (criterio subjetivo) de todos los crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra (criterio objetivo).

Con estas bases constitucionales<sup>377</sup> se seleccionarán unos casos, y a los casos no seleccionados se autorizará la renuncia condicionada a la persecución judicial penal, que explico con la siguiente gráfica.



Fuente: Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2013.

Reitero que el Preámbulo del ER establece que los crímenes más graves que cometan los responsables no deben quedar sin castigo; se refiere a graves crímenes con estatus de *ius cogens*.

<sup>377</sup> Cfr., artículo 3º, que modifica el inciso 4 del artículo transitorio 66 de la Constitución Política, introducido por el Acto Legislativo N° 1 de 2012.

## a) De la estrategia caso a caso a la construcción de macroprocesos

La Corte Constitucional hace el siguiente recuento normativo y jurisprudencial de la justicia transicional, con el fin de establecer las distinciones entre caso a caso y macroprocesos, y entre selección y priorización. “El artículo transitorio 66 de la Constitución<sup>378</sup> establece que tanto la priorización como la selección son «inherentes a los instrumentos de justicia transicional»”<sup>379</sup>.

La Corte Constitucional declaró constitucional el inciso 4 del artículo 66, argumentando lo siguiente:

“[...], el planteamiento del A.L. 01 de 2012 se orienta a cambiar la estrategia de investigación del «*caso por caso*», por la estructuración de *macroprocesos* en los cuales exista una participación masiva de todas las víctimas y que no se estructuran por el azar, sino en virtud de investigaciones con base en contextos y en el análisis de estructura de criminalidad organizada”.

Y agregó:

“[...] deben buscarse estrategias que permitan hacer más eficaz el sistema penal encausando varias violaciones a [DH o al DIH], en un solo proceso, con el objeto de dar una respuesta más pronta a cada una de las víctimas que han sufrido una grave violación a los derechos humanos.

”En todo caso, la estrategia de centrar la investigación en los máximos responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra, se complementa en la parte final del inciso cuarto con la alusión a los **criterios de gravedad y representatividad**, lo cual resulta fundamental dentro de esta estrategia para la construcción de los casos, pues sin la misma se volvería a la metodología de la investigación caso a caso.

---

<sup>378</sup> Incorporado mediante el Acto Legislativo 01 de 2012, modificado por el artículo 3 del Acto Legislativo 01 de 2017.

<sup>379</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-080 de 2018, párr. 4.1.5.3.

"Como se señaló, esta estrategia consiste en la construcción de *macroprocesos*", y en la estrategia de centrar la investigación en los máximos responsables<sup>380</sup> (negritas fuera del texto).

Según la Corte Constitucional "se debería excluir la investigación caso a caso en la JEP, y privilegiar la construcción de macroprocesos, lo que indicaría que, efectivamente, se impuso la obligación de priorizar y una facultad de seleccionar"<sup>381</sup>.

En efecto, la Sala de Reconocimiento ya comenzó a desarrollar su trabajo, "conforme a criterios de priorización elaborados a partir de la gravedad y representatividad de los delitos y del grado de responsabilidad en los mismos"<sup>382</sup>.

Al respecto, el jurista alemán KAI AMBOS explica que hay que insistir "en la urgente necesidad de definición concreta de mecanismos materialmente orientados a la paz, para no seguir alimentando la *falacia normativista* que envía un mensaje tan equívoco y tan discutible de que para la paz basta con una reforma constitucional o mecanismos formales y jurídicos para el tratamiento de los actores del conflicto"<sup>383</sup> (cursivas fuera del texto).

¿Prevalecerá la citada reforma constitucional con falaz contenido procesalista sobre los derechos de las víctimas a acceder a la justicia, y sobre el cumplimiento irrenunciable del deber del Estado de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a *todos* los responsables de crímenes internacionales con estatus de *ius cogens*? No, porque con una reforma constitucional procesalista no se logrará la paz en un país pobre con medio siglo de conflicto armado interno, que desafortunadamente continúa con unos ex -comandantes de las FARC

---

<sup>380</sup> "El artículo transitorio 66 estableció la selección de los «*máximos responsables*», entendidos como aquellos que tienen un rol esencial en la organización criminal para la comisión de cada delito, es decir, que hayan dirigido, tenido en control o financiado la comisión de tales delitos". Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2013, citada en la Sentencia C-080 de 2018, párr. 4.1.5.3 (cursivas fuera del texto).

<sup>381</sup> SÁNCHEZ LEÓN, NELSON CAMILO y JIMÉNEZ OSPINA, ALEJANDRO, "La selección y priorización de casos en la JEP", en *Vniversitas* N° 69 (2020). Disponible en: <https://doi.org/10.1114/4Javeriana.vj69.spcj>.

<sup>382</sup> Véase, por ejemplo, Auto N° 005 de junio 17 de 2017 de la Sala de Reconocimiento, párr. 8, por el cual se avocó conocimiento del Caso N° 003, a partir del Informe N° 5 de la FGN, como un caso priorizado por la Sala, además de otros seis casos para un total de siete macroprocesos.

<sup>383</sup> AMBOS y ZULUAGA, *Justicia de transición y Constitución. A manera de introducción*, Análisis de la Sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional, KAI AMBOS (Coordinador), Editorial Temis, Bogotá, 2014, p. 17.

sometidos a la JEP y la disidencia criminal de las FARC que se rearmó para prolongar dicho conflicto. ¿Cuál paz estable y duradera?<sup>384</sup>. En efecto, la reforma constitucional es una falacia normativista y las leyes que la desarrollan un sofisma de distracción para las víctimas, cuyos casos no se seleccionarán.

## **b) Criterios de selección y parámetros de aplicación**

“Esa selectividad significa poder concentrar la administración de justicia, por un lado, en los máximos responsables y, por el otro, en los crímenes más graves y representativos, renunciando a la persecución penal de todo lo demás”<sup>385</sup>.

En primer lugar, se aclara que el artículo 19 de la Ley Estatutaria para la Paz “regula la *selección*, mas no la *priorización*”<sup>386</sup>. En desarrollo del artículo 3° del A.L. 03 de 2017, el inciso segundo del artículo 19 estableció cinco criterios de selección: “(i) gravedad (i); (ii) representatividad; (iii) características diferenciales de las víctimas; (iv) características de los responsables, y (v) disponibilidad probatoria”<sup>387</sup>.

La Corte, al analizar la constitucionalidad del artículo 19, estableció unos parámetros que en resumen son los siguientes.

La renuncia a la persecución condicionada penal como consecuencia de la no selección aplica tanto a la Fuerza Pública, particulares o agentes del Estado<sup>388</sup>:

---

<sup>384</sup> Veintiún ex-guerrilleros de las FARC (máximos responsables de crímenes internacionales con estatus de *ius cogens*), el 29 de agosto de 2019 anunciaron el regreso a la lucha armada. Véanse revista Semana, edición N° 1948 del 1° al 8 de septiembre de 2019, p.p.16-20, Periódico VOZ, del 4 al 10 de septiembre de 2019, pp. 1 y 10. *Por reclutar menores Fiscalía les abre proceso a “Santrich”, “Márquez” y el “Paiza”*, Diario El Nuevo Siglo, Bogotá, julio 30 de 2020, p. 14. El incumplimiento de las *garantías de no repetición* se evidencia con el burlesco para las víctimas que nunca sabrán la verdad. Nos quedamos con una justicia en transición a una “paz” erosionada, siendo posible la reparación integral de los daños causados a todas las víctimas y pueda así el Estado lograr un *Orden justo*, cumpliendo en parte con los fines esenciales que la Constitución le impone (art. 2).

<sup>385</sup> INSTITUTE FOR INTEGRATED TRANSITIONS (IFIT), “Los debates de La Habana: una mirada desde adentro”, en ANDRÉS BERMÚDEZ LIÉVANO (coordinador) Bogotá, 2018, p. 228.

<sup>386</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-080 de 2018, párr. 4.2.

<sup>387</sup> *Ibidem*, párr. 4.1.5.3.

<sup>388</sup> Cfr., Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-080 de 2018, párr. 4.2.

“En el caso de los militares que no hayan tenido la mayor responsabilidad por los crímenes más graves y representativos, se aplica la renuncia a la persecución penal”<sup>389</sup>.

“Por consiguiente se deben establecer los hechos [y] atribuir responsabilidad, estableciendo los casos en que procedería la renuncia a la persecución penal. En cualquier caso, la JEP está en la obligación de seleccionar a *los máximos responsables de los hechos más graves y representativos* que tengan la connotación de crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, crímenes de lesa humanidad, y genocidio”<sup>390</sup>.

El otro parámetro es el siguiente.

“La renuncia a la persecución penal como tratamiento especial diferenciado para agentes del Estado, incluidos miembros de la Fuerza Pública, responsables de hechos diferentes a graves violaciones a [DH e infracciones al DIH], (...), *extinguen* la acción penal y su aplicación se encuentra condicionada”<sup>391</sup>.

La Corte Constitucional se está refiriendo a los criterios “elaborados a partir de la gravedad y representatividad de los delitos y del grado de responsabilidad en los mismos”<sup>392</sup>. En otras palabras, se trata de la gravedad y representatividad de los delitos (i) y los máximos responsables (ii). ¿Y los autores que no se califiquen como los máximos responsables? ¿Qué pasará con esos casos? ¿Cuál va a ser la respuesta a las víctimas de estos casos?

Pareciera ser que es la “impunidad para autores que no sean máximos responsables”, advirtió el Fiscal General de la Nación de Colombia:

“Nuestra recomendación siempre se inspiró en el deber irrenunciable del Estado de investigar, juzgar y sancionar los crímenes [de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra, cometidos de manera sistemática], (...) en Colombia podría

---

<sup>389</sup> *Institute for Integrated Transitions*, p. 223.

<sup>390</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-080 de 2018, párr. 4.2.

<sup>391</sup> *Ibidem*.

<sup>392</sup> Artículo transitorio 7 del A.L. 01 de 2017.



llegarse a eximir de toda responsabilidad penal a los autores de estos delitos, cuando no sean considerados máximos responsables”<sup>393</sup>.

La renuncia a la persecución penal no procede, de ninguna manera, en tratándose de los crímenes internacionales previstos en el ER, por ejemplo, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, y algunas prácticas utilizadas en el aborto que tipifican tortura, por tanto, “máximos” y “no máximos responsables” deberán ser castigados por estos crímenes con estatus de *ius cogens*.

### c) Selección y priorización. Diferencias

La jurisprudencia constitucional establece las siguientes diferencias:

”(ii) Mientras la *selección* tiene por objeto centrar los esfuerzos de la justicia en la investigación de los máximos responsables de graves violaciones a [DH e infracciones al DIH] constitutivas **de delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra, cometidos de manera sistemática**, la *priorización* permite establecer un orden estratégico para la investigación y el juzgamiento”<sup>394</sup>.

“En ese sentido, [se] consideró necesaria la *priorización junto con la selección*, es decir, no consideró posible priorizar sin selección de casos”<sup>395</sup>.

---

<sup>393</sup> El Fiscal General de la Nación, por medio de una carta le advirtió al presidente de la República que podrían obtener beneficios penales los autores de crímenes de guerra que no sean máximos responsables, “(...) quienes podrían beneficiarse con la renuncia a la persecución penal”, porque dichos casos no se seleccionarían. Disponible en: [https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Carta\\_LeyEstatutariaJEP.pdf](https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Carta_LeyEstatutariaJEP.pdf). Véase Diario *El Siglo*, Bogotá, febrero 11 de 2018, p. 13ª, y Noticiero Caracol de televisión, de febrero 19 de 2019, 7:30 p.m. Este debate se abrió con motivo de las objeciones presidenciales al proyecto de ley estatutario de la JEP, concretamente el parágrafo segundo del artículo 19 declarado constitucional condicionadamente por la Corte Constitucional, que daría lugar a dicha hipótesis (ver Sentencia C-080). El debate de la constitucionalidad ya terminó con la entrada en vigencia de la Ley Estatutaria 1957 de 2019. Mi debate es de la inconventionalidad de la normativa y jurisprudencia constitucionales que estoy argumentando.

<sup>394</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-080 de 2018, párr. 4.1.5.3.

<sup>395</sup> ZULUAGA, JOHN E., “Alcance del artículo 1 inciso 4 del Acto Legislativo 1 de 2012. De la consolidación de la paz y la selección y priorización en la investigación penal”, en *Justicia de transición y Constitución*, ob. cit., p. 14. Cfr. Gaceta del Congreso N° 287, mayo 30 de 2012, exposición de motivos, p. 15.

“La selección es el mecanismo por medio del cual es posible establecer cuáles asuntos se procesan y cuáles se descartan. La priorización, por su parte, busca determinar en qué orden se investiga, en función de criterios estratégicos”<sup>396</sup>.

En concreto, “seleccionar es decidir qué se persigue y qué no se persigue. Priorizar, es decidir qué se persigue primero y qué se persigue después”<sup>397</sup>.

“En esa medida, la selección, más no la priorización, es la que implica la renuncia a la acción penal”<sup>398</sup>.

La selección y la priorización tienen la misma naturaleza procesal, pero con objetos distintos.

#### **d) A todos los casos no seleccionados se le aplicará la renuncia condicionada a la persecución judicial penal**

Desde las entrañas de las negociaciones en *La Habana* las partes tuvieron claridad en los alcances del mecanismo procesal de la selectividad. “Esa idea, a su vez, significaba que la justicia especial podría renunciar a la persecución penal de quienes no fueran seleccionados”<sup>399</sup>.

Los casos que no se seleccionarían, según la Corte Constitucional, comprenderían tres categorías conforme a lo expuesto<sup>400</sup>. Ahora me referiré solo a una categoría con un propósito: “Personas que no siendo máximos responsables hayan participado en la comisión de delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra, cometidos de manera sistemática”<sup>401</sup>.

---

<sup>396</sup> Sala de Reconocimiento, documento de abril 12 de 2019, párr. 2.

<sup>397</sup> OROZCO, IVÁN, *Pronunciamiento público ante la Corte Constitucional*, Notas no publicadas (mayo 27 de 2014), sin más datos.

<sup>398</sup> “Criterios y metodología de priorización de casos y situaciones” adoptado por la SRVR, párr. 17, p. 6.

<sup>399</sup> *Institute for Integrated Transitions*, ob. cit. p. 228.

<sup>400</sup> La reforma constitucional (A.L. 01 de 2017) autoriza la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados.

<sup>401</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-080 de 2018, párr. 4.1.5.3.

El propósito es el de resaltar a los agentes del Estado como beneficiarios. En efecto, el Estado está facultado para aplicar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal con el propósito de “(...) no criminalizar a las personas que no tienen la calidad de máximos responsables (criterio subjetivo) (...)”<sup>402</sup>.

“Todo lo anterior, por supuesto, siempre y cuando todos los miembros de las FARC [y agentes del Estado], seleccionados o no, contribuyan a esclarecer la verdad, a reparar a las víctimas y no volvieran a cometer delitos”<sup>403</sup>. Se trata del régimen de *condicionalidad* que adelante trataré<sup>404</sup>.

En la práctica la renuncia a la persecución penal es una especie de premio, figura propia del denominado *derecho penal premial*,

“(...) consiste en aplicar unas consecuencias más benévolas al autor (penas atenuadas o alternativas) que la pena originariamente prevista para los crímenes cometidos a cambio de determinados comportamientos del acusado a favor de las víctimas o de la administración de justicia (como la confesión, la reparación, la colaboración con la justicia, etc.)”<sup>405</sup>.

“El modelo penal colombiano podía calificarse de un modelo de Derecho penal premial, ya que exime de la pena de prisión prevista en la ley penal a cambio de facilitar el abandono de las armas, la confesión, el reconocimiento de culpabilidad y la reparación de las víctimas”<sup>406</sup>.

Los premios penales se concederán a todos quienes reconozcan responsabilidad y verdad exhaustiva, detallada y plena<sup>407</sup> respecto de infracciones muy graves; el premio será un mínimo de cinco años y un máximo

---

<sup>402</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-674 de 2017, párr. 5.5.1.4. *El sistema de justicia*. La Corte establece los criterios subjetivo y objetivo a seguir para la renuncia a la persecución penal.

<sup>403</sup> *Institute for Integrated Transitions*, ob. cit., p. 228.

<sup>404</sup> Su nombre proviene del MJP: Renuncia *condicionada* a la persecución judicial penal.

<sup>405</sup> CHINCHON ÁLVAREZ, ob. cit., pp. 530 y 540.

<sup>406</sup> GIL GIL, “El tratamiento jurídico de los crímenes cometidos en el conflicto armado colombiano. La problemática jurídica en el marco de la dicotomía paz-justicia”. En: *Colombia como nuevo modelo para la justicia de transición*, ob., cit., pp. 31, 36 y 46.

<sup>407</sup> “Aportar verdad plena significa relatar, cuando se disponga de los elementos para ello, de manera exhaustiva y detallada las conductas cometidas y las circunstancias de responsabilidades, para así garantizar la satisfacción de los derechos de las víctimas a la no repetición”. Acto Legislativo 01 de 2017, art. 5°.

de ocho de sanción. El periodo máximo de cumplimiento de sanciones, por la totalidad de las sanciones impuestas, incluidos los concursos de delitos, será de ocho años (cfr., artículo 128 de la ley estatutaria)<sup>408</sup>.

“Todos los elementos que incidan en la efectividad de la pena deben responder a un objetivo claramente verificable y ser compatibles con la Convención”<sup>409</sup>.

Entre los efectos de la renuncia a la persecución penal para los casos que no se seleccionen se enumeran, entre otros, los siguientes: a) impiden que se inicien nuevos procesos penales por estas conductas, y b) hace tránsito a cosa juzgada material<sup>410</sup>. Por ejemplo, si el autor es un agente del Estado (militar “de bajo rango”) tendría como premio la renuncia a la persecución penal, porque no se calificó como “*máximo responsable*” de crímenes internacionales, y este caso quedará en la impunidad, advirtió el Fiscal colombiano<sup>411</sup>. Este premio penal es intrínseco a las “autoamnistías”.

#### **10.4. RENUNCIA A LA PERSECUCIÓN PENAL: UNA MODALIDAD DE “AUTOAMNISTÍA”**

“Los efectos del mecanismo especial de la renuncia a la persecución penal parecen similares a los que se derivan de la decisión de conceder una amnistía o un indulto”<sup>412</sup>. Es la “renuncia a la acción penal para agentes del Estado equivalente a la amnistía recibida por los rebeldes”<sup>413</sup>, según el asesor de las FARC.

---

<sup>408</sup> Un ejemplo: si un comandante del secretariado de la guerrilla de las FARC-EP ordenó reclutar niñas, violó a 50 menores de 15 años, y obligó a abortar a 40 utilizando prácticas que entran en la esfera de la tortura, y adicionalmente asesinó a 10 que se negaron a abortar, la sanción no excederá de 8 años por todos los crímenes, mientras que a los guerrilleros “de bajo rango”, cuya participación en estos graves crímenes no fue determinante, aun interviniendo en ellos, no se sancionarían porque serían amnistiados.

<sup>409</sup> Corte IDH, Caso de la Masacre de La Rochela contra Colombia, Sentencia de mayo 11 de 2017, párr. 196.

<sup>410</sup> Cfr., Ley 1820, artículo 48.

<sup>411</sup> Diarios *El Siglo*, “Fiscalía General y JEP chocan por sanción de la Ley Estatutaria”, febrero 19 de 2019, p.13 A, y *El Tiempo*, “Los argumentos a favor y en contra de objetar ley de la JEP”, febrero 24 de 2019, p. 16.

<sup>412</sup> Fiscal de la CPI FATOU BENSOUDE, Escrito de *amicus curiae* ante la Corte Constitucional de la República de Colombia, de octubre 18 de 2017, párr. 32.

<sup>413</sup> SANTIAGO ROMERO, *La JEP: instrumento de paz, justicia y verdad. Cambios unilaterales y arbitrarios, enemigos y perspectivas*, ob. cit., p. 178.

“Se trata de actos de la misma naturaleza jurídica que se orientan, excepcionalmente, a la supresión de los efectos normales de la ley penal”<sup>414</sup>.

“La renuncia a la persecución penal, las amnistías y los indultos comparten efectos similares —e incluso iguales— de impedir investigaciones y procesamientos, anular la responsabilidad penal, y eximir a la persona condenada de cumplir la pena”<sup>415</sup>.

La amnistía o indulto, y la renuncia a la persecución penal benefician, respectivamente, a los ex-guerrilleros y a los agentes del Estado con los mismos efectos: extinción de la acción, la responsabilidad y la sanción penales<sup>416</sup>. En la práctica si los efectos son los mismos la renuncia a la persecución penal es una forma encubierta de “auto-amnistía”.

Las “auto-amnistías” “son expedidas a favor de quienes ejercen la autoridad y por estos mismos”<sup>417</sup>, y entendida según la doctrina como “aquella dictada por quién está en el poder y en su beneficio”<sup>418</sup>. Por eso la Corte IDH las denominó “auto amnistías” y, a su vez, declaró que carecían de efectos jurídicos y le exigió al Estado investigar los hechos<sup>419</sup>.

El Estado, al despojarse del *ius puniendi* para proteger a sus agentes, me permite concluir que la renuncia a la persecución penal es una forma de “auto-amnistía” que carece de efectos jurídicos, debido a que se impide a las víctimas el acceso a la justicia. “En casos de graves violaciones de derechos humanos y de manifiesta obstrucción de justicia, este tribunal ha manifestado que «en ciertas circunstancias el Derecho Internacional considera inadmisibles e

---

<sup>414</sup> BOURGET RENAUD, *La clemencia en la ciencia jurídica: Ensayo de dogmática jurídico-comparada sobre la amnistía y el indulto*, Editorial Temis, Bogotá, 2018, p. 48.

<sup>415</sup> Fiscal de la CPI BENSOUA, Escrito de *amicus curiae*, ob. cit., párr. 32.

<sup>416</sup> Cfr. artículos 41, 46 y 48 de la Ley 1820.

<sup>417</sup> Voto Concurrente del Juez Sergio García Ramírez en el caso Cantillo Páez contra el Perú, sentencia de noviembre 27 de 1998, párr. 9, que luego reitera con la misma definición en el Voto en el caso Barrios Altos contra el Perú, sentencia de marzo 14 de 2011.

<sup>418</sup> GONZÁLEZ-FUENTE RUBILAR, RODRIGO ANDRÉS, “El marco jurídico de la justicia transicional: bases para el sistema integral de justicia transicional”, en la obra colectiva *Justicia transicional, reforma constitucional y paz*, ob. cit., p. 56.

<sup>419</sup> Dichas leyes “impidieron que las víctimas fueran oídas; impidieron la investigación y sanción”, Corte IDH, caso Barrios Altos contra el Perú, sentencia de marzo 14 de 2011, y sentencia de interpretación de septiembre 2 de 2011.

inaplicable (...) las disposiciones de (...) excluyentes de responsabilidad, a fin de mantener vigente en el tiempo el poder punitivo del Estado sobre conductas cuya gravedad hace necesaria su represión para evitar que vuelvan a ser cometidas»<sup>420</sup>.

Al respecto, ¿qué recomendaron los órganos internacionales de protección de derechos humanos al Estado colombiano?

#### **10.5. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS E INCONVENCIONALIDAD DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL (MARCO JURÍDICO PARA LA PAZ)**

La CIDH resaltó su preocupación al finalizar su visita *in loco* a Colombia, el 7 de diciembre de 2012<sup>421</sup>:

“La CIDH encuentra preocupante el concepto de *selectividad* y la posibilidad contemplada de **renunciar a la investigación y procesamiento** de graves violaciones a los derechos humanos, en cuanto serían *incompatibles* con las obligaciones del Estado”<sup>422</sup> (subrayado, resaltado en negrillas y cursivas fuera del texto).

Posteriormente, en su Informe Anual de diciembre 31 de 2013, la Comisión consideró lo siguiente:

“Sin embargo, la Comisión observa con preocupación que el Marco Jurídico para la Paz contempla la posibilidad de **renunciar a la investigación de los casos de graves violaciones de derechos humanos e infracciones al DIH que no sean seleccionados, circunstancia que llevaría a la impunidad**. Tomando en consideración que *el deber de investigar y juzgar casos de graves violaciones de derechos humanos es irrenunciable*, la selección y *ausencia de investigación de*

---

<sup>420</sup> Corte IDH, Caso Órdenes Guerra y otros contra Chile, Sentencia de noviembre 29 de 2018, párr.77.

<sup>421</sup> El 31 de julio de 2012 el Congreso aprobó el MJP.

<sup>422</sup> CIDH, Comunicado de Prensa 144A/12, Observaciones preliminares de la CIDH sobre la visita *in loco* a Colombia, emitido al culminar su visita, diciembre 7 de 2012. Durante el segundo semestre de 2012 y el primero de 2013 la Corte Constitucional adelantó el proceso constitucional que concluyó el 28 de agosto del mismo año con la Sentencia C-579 que declaró constitucional el MJP.

*esos casos plantea incompatibilidades con las obligaciones internacionales del Estado*<sup>423</sup> (subrayado, resaltado en negrillas y cursivas fuera del texto).

En el acápite de recomendaciones de dicho Informe la CIDH instó al Estado que, **“Adecúe el Marco Jurídico para la Paz** y las leyes estatutarias que se deriven **a los estándares internacionales de derechos humanos.**

“Adopte las medidas correspondientes para que graves violaciones de derechos humanos e infracciones al DIH como desapariciones forzadas, torturas, *violencia sexual* y reclutamiento de niñas, niños y adolescentes sean priorizados por el Comité de Priorización u otras medidas destinadas a asegurar la aplicación de la debida diligencia para investigar, establecer, procesar y sancionarlas”<sup>424</sup> (negrillas y cursivas fuera del texto).

Las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos y la sociedad civil también manifestaron su preocupación por la renuncia a la persecución penal por la vulneración del deber estatal de investigar<sup>425</sup>.

La CIDH se refirió a *la incompatibilidad* de dicho marco constitucional con las obligaciones internacionales que nacen de la CADH. Sin embargo, la Corte Constitucional, al declarar la constitucionalidad del A.L. 01 de 2012, fue

---

<sup>423</sup> CIDH, Informe país Colombia. Verdad, justicia y reparación. OEA/Ser. L/V/II, Doc 49/13, diciembre 31 de 2013, párr. 354 (en adelante Informe 2013). Con los Informes de 2014 a 2019 se continuó con el seguimiento y el Estado no hizo la adecuación de la reforma constitucional (MJP) al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

<sup>424</sup> CIDH, Informe 2013, párr. 460, numerales 8 y 9. En el Informe 2019 insiste en la adecuación del MJP y “el Estado no aportó información en su respuesta”, párr.109. En los Informes del 2014 al 2019 la CIDH exige la adecuación del MJP y el Estado a la fecha no ha realizado la reforma constitucional.

<sup>425</sup> La Comisión colombiana de juristas, expuso: “v) habilitará al Congreso para aprobar mediante ley el establecimiento de criterios de selección y priorización (...) y respecto de los casos no seleccionados el Estado podrá renunciar a perseguirlos penalmente; vii) la priorización de casos se relaciona con criterios para decidir qué casos se investigan primero y cuáles después, lo cual podría dar lugar a una vulneración del deber estatal de investigar en un plazo razonable”. Cita de la CIDH Informe Anual 2013 Colombia, párr. 334, pie de página 576.

indiferente a las recomendaciones de la CIDH y a los argumentos de Human Rights Watch<sup>426</sup>, y de Amnistía Internacional<sup>427</sup>, y por tanto no los acogió<sup>428</sup>.

La Comisión, al recomendar al Estado colombiano que adecúe el MJP, le está diciendo que esta reforma constitucional es incompatible con los estándares internacionales de derechos humanos y, por consiguiente, en abstracto es inconvencional. ¿Cómo podría el Estado cumplir con el deber de adecuación normativa? Sencillamente reformando el MJP y eliminando la renuncia a la persecución penal:

“Al respecto, la Comisión reitera que los órganos del Sistema Interamericano han establecido que resultan inadmisibles (...) tanto las leyes de amnistía como *las medidas legislativas similares* que impidan o dan por terminada la investigación y juzgamiento de **crímenes de derecho internacional** *impiden el acceso a la justicia* y hacen ineficaz la obligación de los Estados Partes de respetar los derechos y libertades reconocidas en la Convención y de garantizar su libre y pleno ejercicio”<sup>429</sup> (negritas y cursivas fuera del texto).

¿Cuáles serían esas normas? Aquellas normas constitucionales y estatutarias que establecen que a todos los casos no seleccionados se le aplicaría la renuncia condicionada a la persecución judicial penal. En la lectura de la CIDH estas normas están afectadas de incompatibilidad con la CADH, porque impediría a las víctimas acceder a la justicia, por ello en mi concepto son normas inconvencionales, por tanto, deben ser derogadas.

---

<sup>426</sup> “El Marco Jurídico para la Paz es un obstáculo para conseguir la paz y garantizar los derechos de las víctimas a la justicia, ya que esta norma permitiría la inmunidad para guerrilleros, paramilitares y militares de una serie de atrocidades [por] permitir la renuncia condicionada a la persecución penal de casos no seleccionados [l]a renuncia a la persecución penal de graves violaciones de derechos humanos realizada en virtud de criterios de selección y priorización, vulnera efectivamente los derechos humanos”. Intervención de Human Rights Watch durante el control de constitucionalidad del A.L. 01 de 2012 (MJP), véase Sentencia C-579 de 2013, párrs. 4.2.1., 4.2. y 4.2.2.

<sup>427</sup> “(...) no existe un instrumento internacional que autorice renunciar a la persecución de los responsables de crímenes de derecho internacional o de violaciones a derechos humanos (...). Intervención de Amnistía Internacional durante el control de constitucionalidad del A.L. 01 de 2012 (MJP), véase Sentencia C-579 de 2013, párr. 4.5. 2.

<sup>428</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-579 de 2013.

<sup>429</sup> CIDH, Informe 2013, párr. 125; obsérvese que se hace expresa referencia a **crímenes de Derecho internacional**.



Al respecto, la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena (1993), exhortó a los Estados Miembros de la ONU a: “derogar la legislación que favorezca la impunidad de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos [...] y sancionar esas violaciones”.

No obstante lo anterior, esas medidas de selección y de la renuncia han sido declaradas constitucionales por la Corte Constitucional:

“(...) aquellas personas responsables de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario **que no sean seleccionadas**, podrán acceder a tratamientos penales especiales como «[...] **la renuncia condicionada a la persecución judicial penal**» [...] (art. transitorio 66, C.P.)”<sup>430</sup>.

“La jurisprudencia interna debe estar fundada, según el caso, en los precedentes convencionales”<sup>431</sup>. Como se observa, ello no sucedió porque la jurisprudencia constitucional contrarió los precedentes de la CIDH.

Los Informes de la CIDH de 2013 y 2019 me permiten continuar con la construcción de mis argumentos de la inconvencionalidad de la renuncia a la persecución penal frente a la CADH, porque la normativa constitucional que la estableció, además, no observa el siguiente estándar internacional:

“En todo marco de justicia transicional un componente para el establecimiento de una paz duradera es que [...] en el diseño de mecanismos normativos las obligaciones internacionales del Estado para garantizar estos componentes, deben ser observadas integralmente en su aplicación y alcance”<sup>432</sup>.

¿Cuáles serían dichas obligaciones? Se trata de la obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones graves al DIH que constituyen crímenes

---

<sup>430</sup> La Corte Constitucional de Colombia, en Sentencia C-080 de 2018, nuevamente declaró constitucional la renuncia a la persecución penal contenida en el artículo 3 del A.L. 01 de 2017, párr. 4.1.5.3.

<sup>431</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, ob. cit., p. 533.

<sup>432</sup> CIDH, Informe 2013, párr. 104.

internacionales con estatus de *ius cogens*. Una obligación que está directamente relacionada con la satisfacción de los derechos de las víctimas de estos crímenes. “Esta es una obligación internacional que el Estado no puede renunciar”<sup>433</sup>. Sin embargo, supongo que la JEP va a renunciar de perseguir penalmente a quienes “no hayan tenido la mayor responsabilidad por los crímenes más graves y representativos, aplicá[ndo] la renuncia a la persecución penal”<sup>434</sup>, dando cumplimiento a lo pactado en La Habana (Cuba).

Con fundamento en las obligaciones internacionales del Estado colombiano, la jurisprudencia de la Corte IDH que se ha citado a lo largo de este escrito, las recomendaciones de la CIDH (en reiterados Informes de 2013 a 2019), y la argumentación de Human Rights Watch y de Amnistía Internacional, demuestro la incompatibilidad manifiesta de la renuncia a la persecución penal para los agentes del Estado (creada en la reforma constitucional contenida en el A.L. 01 de 2012 y reformada por el A.L. 01 de 2017) con las obligaciones del Estado que nacen de la CADH y otros instrumentos interamericanos, y de la jurisprudencia de la Corte IDH (el acervo convencional).

Además, con fundamento en conceptos de la Fiscal de la CPI trataré de demostrar la incompatibilidad de la citada reforma constitucional con el ER, como lo anuncié.

#### **10.6. INTERVENCIÓN DE LA FISCALÍA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**

Llama la atención la intervención de la Fiscal de la CPI, *Fatou Bensouda*, en la jurisdicción constitucional de colombiana mediante dos cartas de fecha julio 26 de 2013 y agosto 7 de 2013, dirigidas al presidente de la Corte Constitucional, en el momento en que dicho tribunal estaba deliberando en ejercicio del control de constitucionalidad del A.L. 01 de 2012 (MJP).

---

<sup>433</sup> CIDH, Segundo Informe sobre la situación de los derechos humanos en Perú, OEA/Ser.L/VII.106, Doc. 59 rev., junio 2 de 2000, párr. 230.

<sup>434</sup> *Institute for Integrated Transitions*, ob. cit., p. 223.

¿Su intervención es una forma de vigilar el ejercicio del control de constitucionalidad *sobre* la citada reforma constitucional? Es difícil precisar el alcance de su intervención, pero se puede afirmar que mediante dicha actuación insinuó que el MJP es incompatible parcialmente con el ER. Posteriormente, reiteró su argumentación mediante su escrito *amicus curie*<sup>435</sup>, en relación con el A.L. 01 de 2017.

En la primera carta advirtió lo siguiente:

“(…) nuestra interpretación del Estatuto de Roma es que la aplicación de sus disposiciones debe ser consistente con su objetivo principal: terminar con la **impunidad** de los crímenes más serios. Con ese propósito, el Estatuto, y otros instrumentos internacionales reiteran la obligación de los Estados Miembros no solo de investigar y perseguir sino de castigar a los perpetradores de tales crímenes (*los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo*)”<sup>436</sup>.

En otras palabras, no deben quedar sin castigo los perpetradores de los crímenes internacionales, por tanto, es obligación imperativa investigarlos y perseguirlos sin distinguir su jerarquía, precisión que se amplía en la segunda carta.

En la segunda carta destacó lo siguiente:

“(…) el Estatuto de [Roma] no impone limitaciones con fundamento en el nivel de responsabilidad de los autores [...]. Con fundamento en el Estatuto, la CPI continúa teniendo jurisdicción sobre los autores que han cometido crímenes establecidos por la CPI en los territorios de los Estados Parte, tales como Colombia. Y concluye la funcionaria que el Estatuto recuerda que es obligación de cada Estado ejercer su jurisdicción penal sobre aquellos responsables de crímenes internacionales, y dichos crímenes no deben quedar sin castigo y que

---

<sup>435</sup> Escrito de *amicus curie* presentado el 18 de octubre de 2017 ante la Corte Constitucional durante el proceso de constitucionalidad de la precitada reforma constitucional.

<sup>436</sup> Carta de la Fiscal de la CPI dirigida al presidente de la Corte Constitucional de Colombia, *Fatou Bensouda*, el 26 de julio de 2013.

se debe garantizar su eficaz enjuiciamiento tomando las medidas a nivel interno”<sup>437</sup>.

El mensaje es claro. Se debe enjuiciar a los responsables de crímenes internacionales sin importar su nivel jerárquico, es decir, si son o no máximos responsables:

“El Estatuto no contiene ninguna limitación a las persecuciones penales basada en el nivel de autoridad que el autor tenía”<sup>438</sup>.

“Autorizar que los responsables de delitos atroces eludan la justicia con el aval de la Constitución, implica un retroceso irremediable para el Estado de Derecho, por lo que Colombia estaría expuesta a la jurisdicción de tribunales internacionales como la CPI”<sup>439</sup>.

Con base en estos fundamentos voy concluyendo que la norma constitucional, creadora (el MJP<sup>440</sup>) de la renuncia a la persecución penal, es manifiestamente incompatible con el ER de la CPI que tipificó los crímenes de lesa humanidad (artículo 7) y crímenes de guerra (artículo 8), **“crímenes que han adquirido el estatus de derecho imperativo (*ius cogens*) en derecho internacional”**<sup>441</sup> y que, por ende, ningún responsable debe quedar sin castigo (negrillas fuera del texto).

Por consiguiente, la JEP en el momento de aplicar la citada normativa constitucional para no seleccionar los casos que incriminan a los que “no son máximos responsables”<sup>442</sup> de los crímenes internacionales con estatus de *ius*

---

<sup>437</sup> Carta de la Fiscal de la CPI dirigida al presidente de la Corte Constitucional de Colombia, *Fatou Bensouda*, el 7 de agosto de 2013.

<sup>438</sup> STEWART, Fiscal Adjunto de la Corte Penal Internacional, *La Justicia Transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional*, ob. cit., p. 15.

<sup>439</sup> Intervención de Human Rights Watch ante la Corte Constitucional, ob. cit., véase Sentencia C-579 de 2013, párr. 4.2.10.

<sup>440</sup> Como se recordará el MJP se reformó mediante el A.L. 01 de 2017.

<sup>441</sup> Carta de la Fiscal de agosto 7 de 2013.

<sup>442</sup> Explicué que “*máximos responsables*” y “*participación determinante*” son términos equivalentes, lo que podría conducir a “una situación de impunidad generalizada” con “una interpretación excesivamente amplia” por parte de la JEP al no seleccionar algunos casos, advirtió la Fiscal de la CPI en el citado escrito *amicus curie*, ante la Corte Constitucional. En conclusión, la incompatibilidad del MJP se extiende al precitado A.L. 01 de 2017 que reformó dicho MJP, por tanto, dicha normativa es inconvencional.

*cogens*, para evitar que se materialice su inconventionalidad frente a los artículos 7 (crímenes de lesa humanidad) y 8 (crímenes de guerra) deberá interpretar el ER a la luz de su Preámbulo<sup>443</sup>.

Por cuanto un Estado no puede escoger los crímenes de derecho internacional “que han de ser castigados y aquellos que deben quedar sin sanción”, porque “no resulta posible encontrar una base cierta en derecho internacional”, en cuanto a los enjuiciamientos selectivos<sup>444</sup>.

La solución procesal justa sería no aplicar la citada normativa constitucional en ejercicio del control de convencionalidad, que conduciría a la aplicación del acervo convencional interpretado a la luz del ER para que la JEP resuelva los casos contra *todos* los agentes del Estado, garantizando el derecho, en plena igualdad, al acceso a la justicia de las víctimas.

“La obligación de investigar y enjuiciar este tipo de criminalidad, por otro lado, es incompatible con el dictado de leyes de impunidad que se promulgan deliberadamente para transgredir esta obligación internacional, y así obstaculizar e impedir la persecución de los crímenes”<sup>445</sup>, por ejemplo, la norma constitucional creadora de la renuncia a la persecución penal.

En síntesis, los autores de crímenes internacionales de *ius cogens* responden, por lo cual deberán ser investigados, juzgados y, en su caso, sancionados *todos* los responsables sin tener en cuenta su nivel jerárquico **y si la persona acusada actuó como agente estatal no puede beneficiarse de ningún tipo de inmunidad**<sup>446</sup>. El propósito es *poner fin a la impunidad*.

Omitiendo la precitada argumentación de Derecho internacional, la Corte Constitucional de Colombia decidió ponderar la paz desnaturalizando la regla del

---

<sup>443</sup> “Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”, Sexto Considerando.

<sup>444</sup> CHINCHON ÁLVAREZ, *Derecho internacional y transiciones a la democracia y a la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, ob. cit., p. 522.

<sup>445</sup> OLLÉ SESÉ, *Crimen internacional y Jurisdicción Penal Nacional: de la Justicia Universal a la Jurisdicción Interestatal*, ob. cit., pp. 117 y 118.

<sup>446</sup> Cfr. CASSESE, ob. cit., p. 23.

deber internacional de investigar, juzgar y sancionar a todos los responsables de crímenes de *ius cogens*.

#### **10.7. LA PONDERACIÓN UN MÉTODO PARA DESNATURALIZAR LA REGLA DEL DEBER INTERNACIONAL DE INVESTIGAR, JUZGAR Y SANCIONAR. EL FALSO DILEMA ENTRE PAZ O RECONCILIACIÓN Y JUSTICIA**

La Corte Constitucional argumenta que en el marco de la justicia transicional se presentan tensiones entre el deber internacional de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar “frente a la necesidad de garantizar el goce efectivo de la paz”<sup>447</sup>.

Mediante la ponderación la Corte transformó en “principio” la *regla* del deber de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar graves violaciones a los derechos humanos, en particular a partir de la Sentencia C-579 de 2013<sup>448</sup>, y soslayando el principio de primacía del derecho internacional<sup>449</sup> justificó la constitucionalidad de la renuncia a la persecución penal<sup>450</sup>, argumentando que el artículo 250 de la Constitución ya había establecido este mecanismo, desconociendo así el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>451</sup>. Esta es una metamorfosis constitucional.

En síntesis, el Tribunal Constitucional impuso la falacia normativista<sup>452</sup>, y con desconocimiento del Derecho internacional en decisiones posteriores, siguió argumentando lo mismo:

---

<sup>447</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2013, a partir del párr. 8.3.1 la Corte dedica una parte a la ponderación citando parcialmente la jurisprudencia de la Corte IDH para no aplicarla, con un enfoque orientado a los victimarios y no a las víctimas.

<sup>448</sup> Entre otros motivos porque “contemplan obligaciones generales que no generan obligaciones rígidas, sino que buscan alcanzar su más alta satisfacción”, párr. 8.3.1.

<sup>449</sup> “La primacía de los tratados internacionales ha sido siempre la posición defendida por la más alta jurisdicción internacional”, MANGAS MARTIN y LIÑAN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, ob. cit., p. 387.

<sup>450</sup> Porque “(...) la limitación no se presenta porque no se investiguen, juzguen y sancionen *todas* esas graves violaciones a los derechos humanos, sino concretamente porque no se sancionen a los menos responsables de los delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio, lo cual no implicará que el delito no se investigue o juzgue sino que se imputará y sancionará en cabeza de los máximos responsables”, Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2013, párr. 8.3.2 (subrayado y cursivas fuera del texto).

<sup>451</sup> El artículo 27 establece: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado” y menos para transformar la naturaleza jurídica de las obligaciones internacionales derivadas de la ratificación de los tratados internacionales que deben cumplirse de buena fe (Convención de Viena, 1969), como la CADH.

<sup>452</sup> La falacia normativista la denunció KAI AMBOS. Cfr. *Justicia de transición y Constitución*. A manera de introducción, ob. cit., p. 17.

“En un momento de transición el deber de investigar, juzgar y sancionar, y los derechos de las víctimas sufren tensiones que deben ser debidamente *ponderadas* con miras a lograr una paz estable y duradera”<sup>453</sup>. “El alcance de la obligación de investigar, juzgar y sancionar en transiciones a la paz, debe *ponderarse* precisamente con el objetivo de facilitar dicho tránsito (...)”<sup>454</sup> a la paz. “En procesos de reconciliación, y en beneficio de la paz, son válidos algunos mecanismos tendientes a *evitar la sanción penal, como la renuncia a la persecución penal*”<sup>455</sup> (cursivas fuera del texto).

En relación con el abuso de la ponderación, JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO advierte:

“Para resumirlo en pocas palabras: el juez puede ir *más allá* del derecho, puesto que contribuye –o debe contribuir– a su desarrollo, pero no puede ir *en contra* del derecho”<sup>456</sup>.

Esta indebida utilización de la ponderación, además de contravenir el Derecho consuetudinario y el derecho convencional, alienta la impunidad<sup>457</sup>, la cual “propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares”<sup>458</sup>, como lo advirtió oportunamente el Alto Comisionado de la ONU al denunciar el falso dilema que, en mi concepto, enredó a la Corte Constitucional en la telaraña de sus propias contradicciones jurisprudenciales<sup>459</sup>.

Dos años antes de comenzar las negociaciones entre las FARC-EP y el gobierno, la Corte IDH recordaba que otros órganos internacionales de derechos

---

<sup>453</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-007 de 2018, párr. 392.

<sup>454</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018, párr. 4.1.5.

<sup>455</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-007 de 2018, párr. 387.1.

<sup>456</sup> GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, *Sobre ponderaciones. Debatiendo con Manuel Atienza*, en ATIENZA R., MANUEL y GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO (Autores), *Un debate sobre la ponderación*, Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sucre, 2018, pp. 52 y 113.

<sup>457</sup> Es “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención”, Corte IDH, caso de la “Panel Blanca”, ob. cit., párr. 173.

<sup>458</sup> Corte IDH, caso Miembros de la Aldea Chichupac, ob. cit., párr. 288.

<sup>459</sup> Con profundo respeto a la Corte Constitucional, esa no es la forma de interpretar de *bona fide* (*pacta sunt servanda*) las citadas normas consuetudinarias y las reglas convencionales, para sacrificar la justicia. Además, el debido proceso es un derecho fundamental de aplicación inmediata, según el art. 85 de la Constitución y las garantías judiciales no son suspendibles en caso de guerra (artículo 27 CADH).

humanos han declarado en forma unánime que “las medidas legislativas que impiden o dan por terminada la investigación y juzgamiento *de agentes de [un] Estado* que pueden ser responsables de serias violaciones de la Convención Americana, violan múltiples disposiciones de estos instrumentos”<sup>460</sup> (cursivas fuera del texto).

Al respecto, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas afirmó que:

“(…) en cuanto al falso dilema entre paz o reconciliación, por una parte, y justicia por la otra, [manifestó que [l]as amnistías que exoneren de sanción penal a los responsables de delitos atroces en la esperanza de garantizar la paz suelen fracasar en el logro de su objetivo, y en lugar de ello han alentado a sus beneficiarios a cometer nuevos crímenes”<sup>461</sup>, como en efecto lo han hecho 21 excombatientes de las FARC al rearmarse prolongando con su capacidad criminal<sup>462</sup> el conflicto armado interno, sacrificando el Acuerdo Final para la Paz que engendró dilemas con el interés de *ponderar* la paz.

En la práctica se trata de utilizar la *paz* y la *justicia* como un falso dilema desviando la inspiración del Preámbulo de la Carta de la OEA, que se funda “en el anhelo de convivir en paz y con justicia”<sup>463</sup>.

Según la voluntad de los Estados Miembros de la OEA, expresada en las citadas Convencionales Interamericanas contra la Tortura y la Desaparición Forzada de Personas, no se configuró un principio sino una norma jurídica que estableció el deber de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de crímenes internacionales con estatus de *ius cogens*, cuyo objeto y fin es la protección de los derechos de las víctimas y no prohibir la impunidad de los agentes del Estado

---

<sup>460</sup> Véase Corte IDH, Caso Gomes Lund (“Guerrilla Araguara”) contra Brasil, sentencia de noviembre 24 de 2010, párr. 149.

<sup>461</sup> Corte IDH, Caso Gomes Lund (“Guerrilla Araguara”), ob. cit., párr. 151.

<sup>462</sup> Estos son “criminales comunes dedicados al narcotráfico”, según calificación del ex-presidente Juan Manuel Santos, Diario El Tiempo, Bogotá, mayo 24 de 2020, p. 1.8. Como “organizaciones narcoterroristas” calificó a las FARC la agencia de la DEA de los E.U., Diario El Tiempo, junio 19 de 2020, p. 1.6. *Por reclutar menores Fiscalía les abre proceso a “Santrich”, “Márquez” y el “Paiza”*, Diario El Nuevo Siglo, julio 30 de 2020, p.14.

<sup>463</sup> Considerandos Segundo y Séptimo del Preámbulo de la Carta de la OEA de 1948.



que utilizando el monopolio legítimo de las armas contra la *población civil* olvidan que son sus defensores y los garantes de los derechos.

Un órgano “constituido” de un Estado (como lo es la Corte Constitucional colombiana<sup>464</sup>) es incompetente para transformar las obligaciones internacionales convencionales en principios, so pretexto de ponderar la paz, generando con este hecho ilícito la responsabilidad internacional del Estado debido a que dicha Corte, sin competencia, ponderó la paz en contra del régimen especial de los crímenes internacionales de *ius cogens* en detrimento de los derechos de las víctimas, de la paz, la seguridad y el bienestar de la comunidad internacional en su conjunto que clama justicia para las víctimas incapaces de defenderse de la fuerza estatal.

En conclusión, la norma constitucional creadora de la renuncia a la persecución penal para los agentes del Estado, y la jurisprudencia constitucional que la avaló son manifiestamente incompatibles con la primacía del acervo convencional (la CADH y otros instrumentos interamericanos y la jurisprudencia de la Corte IDH), y con el Estatuto Penal de Roma, y en consecuencia son inconvencionales. En el derecho internacional (DIH, DDHH y DPI) es imperativo que *todos* los responsables de perpetrar graves crímenes internacionales con estatus de *ius cogens* deben ser investigados, juzgados y, en su caso, sancionados, sin tener en cuenta el nivel jerárquico.

No hay paz sin justicia.

---

<sup>464</sup> “Un Tribunal Constitucional no es independiente de las obligaciones internacionales del Estado”, MANGAS MARTIN, ARACELY, “El Tribunal Constitucional Alemán y su «fuego amigo» sobre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el BCE, (ARI), mayo 18 de 2020, Real Instituto El Cano Royal, Sentencia de mayo 5 de 2020 del Tribunal Constitucional Alemán.

## CONCLUSIONES

Las conclusiones son generales y específicas.

1. La CADH contiene un *estándar mínimo de garantía* de los derechos humanos desarrollado por la jurisprudencia de la Corte IDH, vinculante para los Estados Parte, que debe incorporarse en los ordenamientos jurídicos internos con el fin de garantizar el respeto a la dignidad del ser humano, y el acceso a la justicia como un derecho universal en sociedades democráticas. Unos estándares convencionales de obligado cumplimiento.
2. El constitucionalismo influido por las Constituciones de Portugal (1976, art. 16.2) y de España (1978, art.10.2), con cláusulas de *apertura* al DIH, ha sufrido una *transformación* constitucional en los últimos treinta y tres años, con la promulgación de las Constituciones de Haití (1987), Brasil (1988), Colombia (1991 reformada en 2012 y 2017), Perú (1993), Guatemala (1993), Argentina (reformada en 1994), Nicaragua (reformada en 1995), Venezuela (1999), Ecuador (2008), Bolivia (2009), República Dominicana (2010) y México (2011), entre otras razones, por una tendencia hacia la *primacía* del DIDH al regular las relaciones entre el ordenamiento jurídico interno y la CADH y otros instrumentos interamericanos y la jurisprudencia interamericana (*acervo convencional*). Una *transformación* que se proyecta con las siguientes modificaciones normativas y jurisprudenciales.
3. En efecto, el diseño normativo de esas Constituciones incluye, por voluntad del poder constituyente o de reforma en su nueva arquitectura constitucional, las siguientes cláusulas reforzadas: jerarquía constitucional de instrumentos internacionales de derechos humanos, interpretación constitucional *secundum conventionem*, *prevalencia* para resolver los conflictos normativos de inconventionalidad de normas, jurisprudencia y prácticas internas frente al acervo convencional.

4. De esta manera, en las referidas Constituciones se ha formado un novedoso y reforzado sistema constitucional de protección de los derechos fundamentales que protege la *primacía* del acervo convencional.
5. La anterior configuración constitucional/convencional, con sus efectos de fuerza normativa, irradia dicho ordenamiento jurídico interno considerado en su conjunto. Se modifica así el sistema de fuentes del Derecho interno (constitucional, administrativo, penal, disciplinario, transicional, etc.), respecto de los Estados parte que han aceptado como obligatoria de pleno derecho la competencia contenciosa de la Corte IDH.
6. La nueva arquitectura constitucional y convencional es activada por un proceso de adecuación entre los ordenamientos jurídicos internos (Constitución, leyes y actos administrativos) con el acervo convencional. Una vez lograda la coherencia normativa (compatibilidad), se fortalece el Estado de derecho bajo el techo de la *primacía* del acervo convencional para la protección reforzada de los derechos constitucionales fundamentales y derechos humanos.

A partir de las conclusiones generales presento las siguientes conclusiones específicas, con particular referencia a la justicia transicional colombiana.

7. El diseño constitucional contribuye a la construcción de un concepto de *bloque de constitucionalidad*, con la siguiente configuración:

El bloque de constitucionalidad es un conjunto compuesto por la CADH y otros instrumentos interamericanos, y la jurisprudencia de la Corte IDH (primacía del *acervo convencional*), los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, las normas y principios aplicables del DIH (el artículo 3 Común a los Cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo II Adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra), el Preámbulo del Estatuto Penal de Roma y los crímenes internacionales de *ius cogens*, y la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional.

8. El acervo convencional subsumido en el bloque de constitucionalidad tendrá la doble función como:
- a) Parámetro de interpretación constitucional de los derechos fundamentales.
  - b) Parámetro de constitucionalidad de las reformas constitucionales, de las leyes, los decretos con fuerza de ley y de los actos administrativos.
9. En el bloque de constitucionalidad, las citadas normas y principios del DIH y el ER tendrán la función de:
- a) Parámetro de interpretación constitucional de los derechos fundamentales y los derechos de las *personas protegidas* por el artículo 3 Común a los Cuatro Convenios de Ginebra, caracterizadas como normas de *ius cogens*.
  - b) Parámetro de constitucionalidad de las reformas constitucionales, de las leyes, los decretos con fuerza de ley y de los actos administrativos.
  - c) Parámetro de convencionalidad de las reformas constitucionales.
10. El bloque de constitucionalidad con su fuerza normativa constitucional/convencional *limita* las competencias de los poderes públicos (legislativo, ejecutivo y judicial), y del poder constituyente primario en algunas hipótesis, y el poder de reforma constitucional, evitando así retrocesos constitucionales, legislativos y jurisprudenciales.
11. El régimen especial de los crímenes internacionales con estatus de *ius cogens* limita las competencias de los Estados Parte para que no expidan normas de: i) prescripción; ii) leyes de amnistía o indulto; iii) el principio *ne bis in ídem*, así como iv) cualquier disposición análoga o excluyente similar de responsabilidad, con el fin de excusarse de su deber de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a *todos* los responsables de crímenes que han adquirido el estatus de derecho imperativo (*ius cogens*) en derecho internacional, según denominación de la Fiscalía de la CPI. La renuncia a la persecución penal contenida en una disposición constitucional colombiana es una excluyente de responsabilidad penal.

12. Soslayando la *Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad*, la aplicación de la citada disposición constitucional produce la extinción de la acción, de la responsabilidad y de la sanción penales, así como de la acción civil para beneficiar a los agentes del Estado, sin garantizar el acceso a la justicia como un derecho universal a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos tipificadas como crímenes internacionales de *ius cogens*.
13. Si las reformas constitucionales, leyes, decretos con fuerza de ley y actos administrativos transitorios por la paz son manifiestamente incompatibles con el acervo convencional, no sería aplicable el bloque de constitucionalidad y procedería la activación del control de convencionalidad, siguiendo un juicio de convencionalidad en fases procesales con el objeto de resolver todos los casos, inaplicando además la normativa procedimental diseñada con un enfoque orientado a los victimarios desconociendo el principio fundamental de igualdad y no discriminación que ha ingresado en el dominio del *ius cogens*, según jurisprudencia de la Corte IDH.
14. En el Derecho aplicable por la JEP de Colombia además se presenta la incompatibilidad manifiesta entre la norma constitucional que estableció la *renuncia condicionada a la persecución judicial penal* para los agentes del Estado en casos no seleccionados que impliquen crímenes internacionales de *ius cogens*, independientemente de la jerarquía de los responsables, con las normas (artículo 1.1.) del deber de garantía que comprende el debido proceso (artículo 8) y la protección judicial (artículo 25 de la CADH), en relación con la obligación internacional de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a *todos* los responsables de dichos crímenes.
15. Por ello es imprescindible el ejercicio del control de convencionalidad, y pueda la JEP cumplir con la obligación internacional de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a *todos* los responsables de crímenes internacionales de *ius cogens* inaplicando la citada normativa afectada de

inconvencionalidad, garantizando, en condiciones de plena igualdad, a las víctimas y a sus familiares el acceso a la *justicia* con el fin de evitar la impunidad de crímenes de genocidio, de lesa humanidad y crímenes de guerra.

16. Por todo lo anterior se evidencia el tránsito *de la supremacía* de la Constitución *a la primacía del* acervo convencional (CADH y otros instrumentos interamericanos y la jurisprudencia de la Corte IDH).

## BIBLIOGRAFÍA

### 1. Libros

ABRISKETA, JOANA, *La Corte Penal Internacional: sanción para las más graves violaciones de los derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003.

ACOSTA ALVARADO, PAOLA ANDREA y HUERTAS CÁRDENAS, JULIÁN EDUARDO, “Teorías sobre la relación entre el derecho Interno y el derecho internacional en la jurisprudencia constitucional colombiana”, en la obra colectiva de ACOSTA LÓPEZ, JUANA INÉS; ACOSTA ALVARADO, PAOLA ANDREA y RIVAS RAMÍREZ, DANIEL, *De anacronismos y vaticinios. Diagnóstico sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno en Latinoamérica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017.

AMATI, E y otras, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Torino (Italia), Gliappichelli, 2016.

AMBOS, KAI y ZULUAGA, JOHN *Justicia de transición y Constitución. A manera de introducción*, Análisis de la Sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional, KAI AMBOS (Coordinador), Editorial Temis, Bogotá, 2014.

AMBOS, KAI, “El marco jurídico de la justicia de transición”, en la obra colectiva, *Justicia de transición, con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Georg-August- Universität- Götting, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2009.

AMBOS, KAI, “La ley de amnistía (Ley 1820 de 2016) y el marco jurídico Internacional”, en la obra colectiva *Justicia transicional y derecho penal internacional*, Universidad Externado de Colombia, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2018.

- AMBOS, KAI, *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales*, Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), Bogotá, 2011.
- APONTE CARDONA, ALEJANDRO DAVID, “Tratamiento penal especial, simétrico, simultáneo, equilibrado y equitativo”, en la obra colectiva *Ley de Amnistía. Comentario completo y sistemático*, Editorial Temis, Bogotá, 2019.
- ARAGÓN MANUEL, *Constitución y control de poder, Introducción a una teoría constitucional del control*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995.
- ARANGO MONTES, “Sustitución y reforma de la Constitución de 1991”, en *Controversias Constitucionales. Colección de Textos de Jurisprudencia*, Editorial Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 2009.
- ARLINDO CARLESSO, LUCIANO, *La interpretación de los derechos fundamentales conforme a los tratados de derechos humanos en perspectiva comparada (El principio de prevalencia de los derechos humanos)*, Tesis Doctoral, Sevilla, 2014.
- ARRIGHI JEAN MICHEL, *La OEA y el Derecho internacional*, Editorial Porrúa, México, 2015.
- ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, *Constitución Política de Colombia*, Imprenta Nacional, 1991.
- BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO y otros, *Manual de derecho constitucional*, Vol. I, 5ª ed., Madrid, 2010.
- BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO, “Fuentes del derecho, espacios constitucionales y ordenamientos jurídicos”, en la *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, N° 69, Año 23, septiembre/diciembre, Madrid, 2003.
- BALAGUER CALLEJÓN FRANCISCO, “Regeneración democrática y reforma constitucional”, en la obra colectiva *Poderes públicos y privados ante la*



- regeneración constitucional democrática* (TUR AUSINA ROSARIO, CALABUIG PUIG, MARÍA AMPARO y otros), Editorial Dykinson, Madrid, 2016.
- BAZAN, VÍCTOR, *Inconstitucionalidad e inconvencionalidad por omisión*, La Ley, Buenos Aires, diciembre 20 de 2016, T 2017-A.
- BECERRA RAMÍREZ, MANUEL, “El control de la aplicación del derecho internacional, en el Marco del Estado de Derecho”, en *I.I.J. de la UNAM*, México, 2013.
- BECERRA RAMÍREZ, MANUEL, *La recepción del Derecho Internacional en el derecho interno*, 2ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2012.
- BECERRA RAMÍREZ, MANUEL, *Las fuentes contemporáneas del Derecho Internacional*, I.I.J. de la UNAM, México, 2017.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN J., “El artículo 75, inciso 22, de la Constitución y los Derechos Humanos”, en la obra colectiva *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1995.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Teoría de los derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1991.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, T. I A, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000.
- BINDER CHRISTINA, “¿Hacia una Corte Constitucional en América Latina?, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con un enfoque especial sobre las amnistías”, en la obra colectiva *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?* (ARMÍN VON BOGDANDY, EDUARDO FERRER MAC-GREGOR y MARIELA MORALES ANTONIAZZI, Coordinadores),

Universidad Nacional Autónoma de México, Max- Planck- Institut, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2010.

BOURGET RENAUD, *La clemencia en la ciencia jurídica: Ensayo de dogmática jurídico-comparada sobre la amnistía y el indulto*, Editorial Temis, Bogotá, 2018.

BURGORGUE-LARSEN, LAURENCE, “El aperturismo. La técnica de interpretación «reina» de los tratados regionales de protección de los derechos humanos”, en *RVAP*, N° 03, septiembre-diciembre, 2015.

BURGORGUE-LARSEN, LAURENCE, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como tribunal constitucional”, en: ARMÍN VON BOGDANDY, HÉCTOR FIX- FIERRO y MARIEL MORALES ANTONIAZZI (Coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Max-Planck Instituto, Instituto Iberoamericano de derecho constitucional, México, 2014.

BUSTOS GISBERT, RAFAEL, *La Constitución Red: un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, Bilbao, 2005.

BUSTOS GISBERT, RAFAEL, *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial. Máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos*, Edit. Porrúa, México, 2012.

CÁCERES BRUN, JOAQUÍN, “El Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en la obra colectiva *Derecho Internacional Humanitario* (JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ-VILLASANTE y JOAQUÍN PRIETO LÓPEZ-SÁNCHEZ), 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

CANCADO TRINDADE, ANTONIO, “El acceso directo de los individuos a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos”, en *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001.

CANCADO TRINDADE, ANTONIO, "Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario: aproximaciones y convergencias", en la obra colectiva *Las tres vertientes de la protección internacional de los derechos de la persona humana*, Editorial Porrúa y Universidad Iberoamericana, México, 2003.

CANCADO TRINDADE, ANTONIO, "Formación, consolidación y perfeccionamiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", en *Curso de Derecho Internacional*, Comité Jurídico Interamericano, XVII, Secretaría General, OEA, Washington D.C., 1990.

CANCADO TRINDADE, ANTONIO, "La ampliación del contenido del *ius cogens*". Disponible en: <http://www.oas.org/dil/esp/3%20cancado.DM.MR.I-I6.pdf>;

CANCADO TRINDADE, ANTONIO, "La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos", en la obra colectiva *El juez y la defensa de la democracia. Un enfoque a partir de los derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Comisión de las Comunidades Europeas, San José de Costa Rica, 1993.

CANCADO TRINDADE, ANTONIO, "Reminiscencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a su jurisprudencia en materia de reparaciones", en: ARMÍN VON BOGDANDY, EDUARDO FERRER MAC-GREGOR y MARIELA MORALES ANTONIAZZI (Coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?* Universidad Nacional Autónoma de México, Max-Planck-Institut, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2010.

CANCADO TRINDADE, ANTONIO, "Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos (1948-2002)", en la obra colectiva *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao (España) Editado por la Universidad de Deusto, 2003.

CANCADO TRINDADE, ANTONIO, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001.

CANCILLERÍA DE COLOMBIA, *ABC de las objeciones al proyecto de LE de la JEP*, Bogotá, marzo 11 de 2019, p. 4. Disponible en: <https://www.cancilleria.gov.co/en/newsroom/news/abc-objeciones-proyecto-ley-estatutaria-jep>

CANOSA USERA, RAÚL, *El control de convencionalidad*, Editorial Civitas y Thomson Reuters, Madrid, 2015.

CARMONA TINOCO, JORGE ULISES, “La recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito interno. El caso de México”, en la obra colectiva *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (coordinadores SERGIO GARCÍA RAMÍREZ y MIREYA CASTAÑEDA HERNÁNDEZ), México, UNAM, 2009.

CARRILLO SALCEDO, JUAN ANTONIO, *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos, 50 años después*, Editorial Trotta, Madrid, 1999.

CASADO RAIGON, RAFAEL, *Derecho internacional. Parte General*, Editorial Tecnos, Madrid, 2012.

CASANOVAS, ORIOL y ÁNGEL, RODRIGO J., *Compendio de derecho internacional público*, 3ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2014.

CASSESE, ANTONIO, *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003.

CASTILLO DAUDÍ, MYREYA y SALINAS ALCEGA, SERGIO, *Responsabilidad penal del individuo ante los tribunales internacionales*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

CHINCHÓN ÁLVAREZ, JAVIER, “El derecho penal internacional en contextos transicionales”, en la obra colectiva *Derecho Penal Internacional*, ALICIA GIL GIL y ELENA MACULAN (Editores), 2ª ed., Editorial Dykinson, Madrid, 2019.

CHINCHON ÁLVAREZ, JAVIER, *Derecho internacional y transiciones a la democracia y a la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Ediciones Parthenon, Madrid, 2007.

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA y OEA, *Curso introductorio sobre Derecho Internacional Humanitario*, Washington, 2007.

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, “Lista de las normas consuetudinarias del Derecho Internacional Humanitario”, en J.M. HENCKAERTS, *Estudios sobre el Derecho Internacional Humanitario*, 2005, Madrid.

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, *Servicio de asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario: ¿Qué es el Derecho Internacional Humanitario?* Disponible en: <http://www.icrc.org/web/spa/sitespaO.nsf>.

CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS, “*El Estado de Derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*”, Informe del Secretario General de las Naciones Unidas”, UN Doc.S/ 2004/616, de agosto 3 de 2004, S 3.

CORTE IDH y MINISTERIO PÚBLICO FISCAL DE BUENOS AIRES (ARGENTINA), en GABRIELA PACHECO ARIAS, ANA LUCÍA AGUIRRE GARABITO, MARÍA FERNANDA RODRÍGUEZ, SIRO DE MARTINI y otros (Coords.), *Diálogos, El impacto del*

*Sistema Interamericano en el ordenamiento interno de los Estados*, Buenos Aires, Argentina, 2013.

COTE BARCO, GUSTAVO EMILIO, “Competencia y funcionamiento de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas”, en la obra colectiva *Ley de Amnistía. Comentario completo y sistemático (Ley 1820 de 2016)*, AMBOS, KAI y COTE BARCO, GUSTAVO EMILIO (Eds.), Editorial Temis, Bogotá, 2019.

CRISTO, JUAN FERNANDO y RIVERA GUILLERMO, *Disparos a la paz*, Bogotá, Editora Géminis, 2019.

CRUZ VILLALÓN, PEDRO, *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Editorial Trotta, Madrid, 2004.

CRUZ, LUIS M., “El alcance del Consejo Constitucional francés en la protección de los derechos y libertades fundamentales”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 8, N° 15, ene-junio, Granada, 2011.

DE VERGOTTINI, GIUSEPPE, *Derecho constitucional comparado*, UNAM, México, 2004.

DIEZ DE VELASCO, MANUEL, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 15ª ed., Editorial Trotta, Madrid, 2005.

DÍEZ-PICASSO, LUIS MARÍA, “Límites internacionales al poder constituyente”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 76, enero-abril, Madrid, 2000.

DONDÉ MATUTE, JAVIER, *Derecho Penal Internacional*, Oxford University Press, México, 2008.

FAVOREU, LOUIS & RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, *El bloque de la constitucionalidad” (simposium franco-español de derecho constitucional)*, Prólogo de Javier Pérez Royo, Universidad de Sevilla, Civitas, Madrid, 1991.

- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI CARLOS, *Nuevos desarrollos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: los derechos de las víctimas*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra (Pamplona) 2014.
- FERNÁNDEZ LIESA, CARLOS R. y ALCOCEBA GALLEGO, AMPARO, “La idea de Constitución y el fenómeno jurídico internacional”, en *La Constitución a examen. Un estudio académico 25 años después*, Barcelona, Instituto de Derechos Humanos “Fray Bartolomé de Las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004.
- FERNÁNDEZ LIESA, CARLOS, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en perspectiva histórica*, Editorial Porrúa, México, 2014.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, PABLO ANTONIO, *Las obligaciones de los Estados en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987.
- FERRAJOLI, LUIGI, “La justicia penal transicional para la Colombia del postconflicto y las garantías para la paz interna”, en *Observatorio del sistema penal y los derechos humanos, Revista Crítica Penal y Poder*, N° 10, Universidad de Barcelona, 2016.
- FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO y SILVA GARCÍA FERNANDO, “El control de convencionalidad de la jurisprudencia constitucional”, en la obra colectiva *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho constitucional*, T. II, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009.
- FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO y SILVA GARCÍA, FERNANDO, *El Caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Edit. Porrúa, México, 2010.
- FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Querétaro (México), 2012.

- FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO, “Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en la *Revista del IIDH*, N° 59, San José de Costa Rica.
- FERRERES COMELLA, VÍCTOR, *Justicia constitucional y democracia*, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.
- FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR y VALENCIA CARMONA, SALVADOR, *Las reformas en derechos humanos, procesos colectivos y amparo*, Editorial Porrúa y UNAM, México, 2013.
- FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR, “Notas sobre el sistema interamericano de derechos humanos”, en la obra colectiva *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Editorial Dickinson, Madrid, 1997.
- FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR, “Protección jurídico constitucional de los derechos humanos de fuente internacional en los ordenamientos de Latinoamérica”, en PÉREZ ROYO, JAVIER; URÍAS MARTÍNEZ, JOAQUÍN PABLO y CARRASCO DURÁN, MANUEL (Coords.), *Derecho constitucional para el siglo XXI. Actas del VIII Congreso Iberoamericano Derecho Constitucional*, T. I, Edit. Thomson Aranzadi, Pamplona, 2006.
- GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, *Sobre ponderaciones. Debatiendo con Manuel Atienza*, en ATIENZA R., MANUEL y GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO (Autores), *Un debate sobre la ponderación*, Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sucre, 2018,
- GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Editorial Porrúa, México, 2007.
- GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, “Garantías judiciales: doble instancia y amparo de derecho fundamentales (arts. 8.2.h y 25 CADH)” en la obra colectiva *La tutela de Derechos Humanos en la jurisdicción interamericana*, Editorial Porrúa, México, 2014.
- GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Editorial Porrúa y UNAM, México, 2015.



GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, *Votos particulares en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y reflexiones sobre control de convencionalidad*, 2ª ed., Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2015.

GARCÍA ROCA, JAVIER, “La interpretación constitucional de una declaración internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y bases para una globalización de los derechos”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 5, enero-junio, Edit. Porrúa, México, 2006.

GARCÍA ROCA, JAVIER, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: Soberanía e integración*, Edit. Civitas, Navarra (Pamplona), 2010.

GARCÍA ROCA, JAVIER, “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo”, en *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, N° 20, Madrid, 2012.

GARCÍA ROCA, JAVIER, “El diálogo sobre derechos humanos entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana”, en PABLO SANTOLAYA e ISABEL WENCES (Coords.), *La América de los derechos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.

GARCÍA ROCA, JAVIER y CARMONA CUENCA, ENCARNACIÓN (Eds.), “¿Hacia una Globalización de los Derechos?”, en *El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2017.

GARCÍA ROCA, JAVIER y QUERALT JIMÉNEZ, ARGELIA, “Buenas prácticas en el cumplimiento de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en la obra colectiva *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades* (ARMÍN VON BOGDANDY, EDUARDO FERRER MAC-GREGOR, MARIELA MORALES ANTONIAZZI & PABLO SAAVEDRA, Coords.), Universidad Nacional Autónoma de México,

Max-Planck Instituto, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Queretaro, México, 2019.

GARCÍA ROCA, JAVIER, *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Editorial Civitas y Thomson Reuters, Madrid, 2019.

GARCÍA ROCA, JAVIER, *La recepción constitucional de la idea de ordenamiento jurídico y su impacto en las fuentes del Derecho* (trabajo inédito), Madrid, 2020.

GARRO VARGAS, ANAMARI, *El derecho a la protección judicial. Análisis jurisprudencial del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 2016.

GELLI, MARÍA ANGÉLICA, “El valor de la jurisprudencia internacional. A propósito del caso «Bayarri» en un dictamen de la Procuración General de la Nación”, en la *Revista Argentina La Ley*, Buenos Aires, 2010 C.

GIL BOTERO ENRIQUE, *Control de convencionalidad en Colombia, Una experiencia de dialogo judicial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, *La Corte Suprema de Justicia reafirma el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad de oficio*, Edit. La Ley, Buenos Aires, 2010.

GIL GIL, ALICIA, “El tratamiento jurídico de los crímenes cometidos en el conflicto armado colombiano. La problemática jurídica en el marco de la dicotomía paz-justicia”, en *Colombia como nuevo modelo para la justicia de transición* (ALICIA GIL GIL, ELENA MACULAN y SUSANA FERREIRA, Editoras), Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, UNED, Madrid, 2017.

GIL GIL, ALICIA, *Derecho Penal Internacional I: Nacimiento y desarrollo histórico*, UNED, Madrid, sin paginar datos de editorial y año de edición.

- GIL GIL, ALICIA & MACULAM, ELENA, “¿Qué es el Derecho Penal Internacional?”, en la obra colectiva *Derecho Penal Internacional*, 2ª ed., Editorial Dykinson, Madrid, 2019.
- GÓMEZ CANOTILHO, J.J., *Direito constitucional e Teoría da Constitucao*, 6ª ed. Coimbra, 2000.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, ITZIAR, *Conflicto y cooperación entre la Constitución española y el derecho internacional*, Tirant lo Blanch y Universidad Carlos III de Madrid, Valencia, 2010.
- GÓNGORA MERA, MANUEL EDUARDO, “Inter-American Judicial Constitutionalism. On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties”, in *Latin American through National and Inter-American Adjudication*, IIDH, San José de Costa Rica, 2011.
- GORDILLO PÉREZ, LUIS IGNACIO, *Constitución y ordenamientos supranacionales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.
- GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, Parte General. 4ª ed. Talleres Gráficos, Buenos Aires, 1997.
- GRESSON, LILY; DOGBOLO ADJO, BLACKBORNE; MOLINA, ANDRÉS & GONZÁLEZ ZAPATA, ALEXANDRA (Coords.), *Cartilla pedagógica para la presentación de informes ante el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición*, La Imprenta.co, Bogotá, 2018.
- GROPENGIEFSER, HELMUT y MELFSNER, JÖRG, “Las amnistías y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, en la obra colectiva *¿Son compatibles las amnistías y la Corte Penal Internacional?*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018.
- GUTIÉRREZ ESPADA, CESÁREO y CERVELL HORTAL MARÍA, *Curso General de Derecho Internacional Público*, 3ª ed., Editorial Trotta, Madrid, 2012.
- GUTIÉRREZ ESPADA, CESARIO, *Derecho Internacional Público*, Editorial Tecnos, Madrid, 1995.

- GUTIÉRREZ POSSE, HORTENSIA D.T., *Elementos de Derecho Internacional Penal*, Editorial de los Cuatro Vientos, Buenos Aires, 2006.
- HENCKAERTS, J.M. y DOSWALD-BECK, LOUISE, *El Derecho Internacional Humanitario*, Madrid, 2005.
- HERNÁNDEZ CASTAÑO, DIANA PATRICIA, “Legitimidad democrática de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el control de convencionalidad”, en *Temas de Derecho Público*, N° 92, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014.
- HITERRS, JUAN CARLOS, “Los efectos en el derecho interno de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en la obra colectiva *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Coordinadores CORZO SOSA, EDGAR, CARMONA TINOCO, JORGE ULISES y SAAVEDRA ALESANDRI, PABLO), Tirant lo Blanch, México, 2013.
- HITTERS, JUAN CARLOS, “¿Prescribe la reparación civil en los delitos de lesa humanidad?”. En: *La Ley*, Buenos Aires, agosto 21 de 2019.
- HOOD, ROGER y HOYLE, CAROLYN, *La pena de muerte. Una perspectiva mundial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- ICRC, *Amnistías y Derecho Internacional Humanitario: objetivo y ámbito de aplicación*, Madrid, 2007.
- INSTITUTE FOR INTEGRATED TRANSITIONS (IFIT), “Los debates de La Habana: una mirada desde adentro”, en ANDRÉS BERMÚDEZ LIÉVANO (coordinador), Bogotá, 2018.
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia*, San José de Costa Rica, 2015.
- JIMENA QUESADA, LUIS, *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013.

- JIMENA QUESADA, LUIS, *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo global y de la tutela multinivel de derechos*, Edit. Aranzadi, Navarra, 2013.
- JIMÉNEZ PIERNAS, CARLOS, *Introducción al derecho internacional público. Práctica española*, adaptado al EEES, Editorial Tecnos, Madrid, 2010.
- LIÑAN LAFUENTE, ALFREDO, “Origen del Derecho Penal Internacional (I)”, en la obra colectiva *Derecho Penal Internacional* (GIL GIL, ALICIA y MACULAN, ELENA directoras), Editorial Dykinson S.A., Madrid, 2016.
- LONDOÑO LÁZARO, MARÍA CARMELINA, *Las garantías de no repetición en la jurisprudencia interamericana, Derecho internacional y cambios estructurales del Estado*, Editorial Tirant lo Blanch y Universidad La Sabana, México, 2014.
- LÓPEZ DÍAZ, CLAUDIA, “Selección y priorización de delitos como estrategia de investigación en la justicia Transicional”, en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 42, N° 117, Medellín, Julio-diciembre, 2012.
- MACULAN, ELENA, *Los crímenes internacionales en la jurisprudencia latinoamericana*, Marcial Pons, Madrid, 2019.
- MALARINO EZEQUIEL, “La obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología* (2), Buenos Aires, 2014.
- MALARINO EZEQUIEL, “Las víctimas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en la obra colectiva *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva* (Directoras ALICIA GIL GIL y ELENA MACULAN), Editorial Dykinson, Madrid, 2017.
- MANGAS MARTIN, ARACELI, “El Tribunal Constitucional Alemán y su «fuego amigo» sobre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el BCE, (ARI), mayo

18 de 2020, Real Instituto El Cano Royal, Sentencia de mayo 5 de 2020 del Tribunal Constitucional Alemán

MANGAS MARTÍN, ARACELI y LIÑÁN NOGUERAS, DIEGO J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 6ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2010.

MANILI, PABLO LUIS, *El bloque de constitucionalidad*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2017.

MANILI, PABLO LUIS, *El Bloque de Constitucionalidad. La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional argentino*, Edit. La Ley, Buenos Aires, 2003.

MANILI, PABLO LUIS, *Manual Interamericano de los Derechos Humanos*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2012.

MARSHALL, T.E., “Restorative justice: an overview”, publicado en 1988 por el Center for Restorative Justice and Peacemaking (University of Minnesota), cita de JOSEP TAMARIT SUMALLA, “La justicia restaurativa: concepto, principios, investigación y marco teórico”, en la obra colectiva *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones, colección: estudios de derecho penal y criminología*, Granada, editorial Comares, 2012.

MARTÍNEZ NEIRA, NÉSTOR HUMBERTO, *Las dos caras de la paz*, Editorial Planeta, Bogotá, 2019.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, LORENZO, *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Thomson y Civitas, Madrid, 2004.

MEJÍA, MARÍA EMMA, Embajadora Permanente ante las Naciones Unidas, S/2016/53, de enero 21 de 2016. Disponible en: <https://undocs.org/pdf?symbol=es/S/2016/53>

MÉNDEZ, JUAN, “Justicia de Transición”, en ESCUDERO ALDAY y otros, *Desapariciones forzadas, represión política y crímenes del franquismo*, Editorial Trotta, Madrid, 2013.

MORALES ANTONIAZZI, MARIELA, "El Estado abierto como objetivo del *Ius Constitutionale Comune*. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en: ARMIN VON BOGDANDY y otros (Coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAN, Max-Planck, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2014.

MORALES ANTONIAZZI, MARIELA, "La doble estatalidad abierta: internamericanización y mercosurización de las Constituciones suramericanas", en *Estudios avanzados de Direitos Humanos*, Elsevier, Sao Paulo, 2013.

MORENO FONSERET, ROQUE y PAYÁ LOPEZ, PEDRO, *Memoria y justicia transicional en perspectiva comparada: Europa y América Latina*, Ed. Comares, Granada, 2018.

NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO *Estudios Constitucionales*, Año 9, N° 2, Santiago de Chile, 2011.

OLASOLO ALONSO, HÉCTOR, *Derecho Internacional Penal, justicia transicional y delitos transnacionales: dilemas políticos y normativos*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

OLASOLO ALONSO, HÉCTOR, *Introducción al Derecho Internacional Penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

OLLÉ SESÉ, MANUEL, *Crimen internacional y Jurisdicción Penal Nacional: de la Justicia Universal a la Jurisdicción Interestatal*, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019.

OLLÉ SESÉ, MANUEL, *Justicia universal para crímenes internacionales*, La Ley, Madrid, 2008.

PACTEAU, B., *Relazione sulla Francia, en Atti del Convegno "Principi giuridici e limiti all' autonomia dei legislatori-profilo internazionali, supranazionali e nazionali"*, Università di Nápoli l'Orientale, Nápoli, 4 e 5 giugno, 2004.

- PASTOR RIDRUEJO, JOSÉ A., *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 20ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2008.
- PAVANI GIORGIA, “Parámetro de constitucionalidad”, en *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional* (EDUARDO FERRER MAC-GREGOR, FABIOLA MARTÍNEZ RAMÍREZ y GIOVANNI A. FIGUEROA MEJÍA, Coords.), *Poder Judicial de la Federación*, UNAM y el I.J.J., México, 2014.
- PEGORARO LUCIO, “Reflexiones sobre la clasificación en el derecho constitucional comparado (enfoque dúctil y búsqueda de elementos determinantes)”, en la obra colectiva *Constitución y democracia: ayer y hoy*, Libro homenaje a Antonio Torres del Moral, Editorial Universitas, S.A., Madrid, 2010.
- PEGORARO, LUCIO y RINELLA ÁNGELO, *Diritto costituzionale comparato, Aspetti metodologici*, Cedam, Italia, 2013.
- PEGORARO, LUCIO y RINELLO ANGELO, *Derecho constitucional comparado. Sistemas de justicia constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2020.
- PEGORARO, LUCIO, “Comparación jurídica y uso «externo» de otras ciencias”, en *AVANCES, Revista de Investigación Jurídica*, N° 7, Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo, enero/diciembre, Lima, 2012.
- PÉREZ LUÑO, “Nuevo Derecho, nuevos derechos”, en *Anuario Filosofía del Derecho*, Dialnet, Sevilla, 2016.
- PESCATORE, PIERRE, “Aspectos judiciales del acervo comunitario”, traducción de Loaysa Monserrat F., en *Revista de Instituciones Europeas*, N° 2, Vol. 8, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981.
- PICTEC, JEAN, *Comentario del artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra y relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional*, Plaza y Janés Editores, Bogotá, Colombia, 1998.
- PIGNATELLI Y MECA, FERNANDO, “La punición de las infracciones del Derecho Internacional Humanitario. Los Tribunales Internacionales de crímenes de guerra”, en la obra colectiva *Derecho Internacional Humanitario* (JOSÉ LUIS



RODRÍGUEZ-VILLASANTE y JOAQUÍN PRIETO LÓPEZ-SÁNCHEZ), 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

PINTO, MÓNICA, “El principio *pro homine*. Criterios hermenéuticos y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en la obra colectiva *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales* (ABREGÚ, MARTÍN y CHRISTIAN, COURTIS, Coordinadores), CELS, Buenos Aires, Argentina, 2004.

PINTO, MÓNICA, *Temas de derechos humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.

PIZA R., RODOLFO E. y TREJOS, GERARDO, “La auto aplicación (*self-executing*) de las normas del Derecho internacional en el Derecho interno”. Especial referencia a la auto-aplicación de la CADH, en VARGAS CARREÑO, EDMUNDO, *Introducción al derecho internacional*, Edit. Juricentro, San José de Costa Rica, 1979.

PRATS, JORGE EDUARDO, *Derecho Constitucional*, T. I, Ius Novum, Santo Domingo (República Dominicana), 2010.

QUERALT JIMÉNEZ, ARGELIA, *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

RAMELLI ARTEAGA, ALEJANDRO, *Diálogos entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces constitucionales latinoamericanos*, Tirant lo Blanch, Bogotá, 2019.

REMIRO BROTONS, ANTONIO, *Derecho Internacional Público, II. Derecho de los tratados*, Edit. Tecnos, Madrid, 1987.

REQUEJO PAGES, JUAN LUIS, “Consideraciones en torno a la posición de las normas internacionales en el ordenamiento español”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 34, Año 12, enero-abril, Madrid, 1992.

- REQUEJO PAGÉS, JUAN LUIS, *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- REQUEJO RODRÍGUEZ PALOMA, *Bloque constitucional y bloque de la constitucionalidad*, Universidad de Oviedo (España), 1997.
- REQUEJO RODRÍGUEZ, PALOMA, “Bloque constitucional y Unión Europea”, en UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, JUAN IGNACIO y BERECIARTU, GURUTZ JÁUREGUI (Coords.), *Derecho constitucional europeo. Actas del VII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- REY CANTOR, ERNESTO, *Celebración y jerarquía de los tratados de derechos humanos*, 2ª ed., Ediciones Ciencia y Derecho, Bogotá, 2007.
- REY CANTOR, ERNESTO, *El Control de Convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, Editorial Porrúa, México, 2008.
- REY CANTOR, ERNESTO y REY ANAYA, ÁNGELA MARGARITA, *Medidas provisionales y medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 2ª ed., Editorial Temis, Bogotá, 2008.
- REY CANTOR, ERNESTO y REY ANAYA, GIOVANNA ALEJANDRA, *Derecho procesal constitucional. Un nuevo concepto*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2016.
- REY CANTOR, ERNESTO, “En defensa del Acuerdo Final para la Paz. Justicia Transicional y la amnistía y la regeneración constitucional de la democracia representativa. Proceso constituyente fragmentado. Un nuevo pacto o contrato social para la paz”, en la obra colectiva *El Acuerdo de Paz entre el gobierno de Colombia y las FARC* (Dirección CARLOS FERNÁNDEZ LIESA y ERNESTO REY CANTOR), Editorial Doctrina y Ley, Bogotá, 2017.

- REY, SEBASTIÁN ALEJANDRO, *Juicio y castigo. Las obligaciones de los Estados Americanos y su incidencia en el derecho argentino*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2012.
- RIBERA NEUMANN, TEODORO y GORNIG, GILBERT, *Relaciones entre el derecho internacional público y el derecho interno en Europa y Sudamérica*, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Navarra (España), 2016.
- ROBERTSON, GEOFFREY, *Crímenes contra la humanidad. La lucha por una justicia global*, Editorial Siglo XXI, Madrid, 2008.
- ROCA, MARÍA J., “La suspensión del Convenio Europeo de Derechos Humanos desde el Derecho Español: procedimiento y control” (trabajo inédito), Madrid, 2020.
- RODRÍGUEZ CARRIÓN, ALEJANDRO J., *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 6ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 2006.
- RODRÍGUEZ-PINZÓN, DIEGO & MARTIN, CLAUDIA, “La prohibición de la tortura y los malos tratos en el Sistema Interamericano”, en *Manual para víctimas y sus defensores*, OMCT, México, 2006.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, JOSÉ LUIS, “Fuentes del Derecho Internacional Humanitario”, en la obra colectiva *Derecho Internacional Humanitario* (RODRÍGUEZ-VILLASANTE, PRIETO, JOSÉ LUIS y LÓPEZ SÁNCHEZ, JOAQUÍN, coordinadores), 3ª ed., Editorial Tirant lo Blanch, Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario, Cruz Roja, Valencia, España, 2017.
- ROGER PINTO, “Les règles du droit international concernant la guerre civile”, en *Recueil des Cours*, Vol. 114, París, 1965-I.
- ROLDÁN OROZCO, OMAR GIOVANNI, *La función garante del Estado constitucional y convencional del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2015.

- RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, “El bloque de constitucionalidad” en *La forma del poder. “Estudios sobre la Constitución”*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- RUIZ SANZ, MARIO, “Sistemas jurídicos y conflictos normativos”, en *Cuadernos Bartolomé de Las Casas* 23, Dykinson, Madrid, 2002.
- SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, “La inconventionalidad por omisión. Enfoques y perspectivas”, en la obra colectiva del mismo autor *La interpretación judicial de la Constitución. De la constitución nacional a la Constitución convencionalizada*, 2ª ed., Editorial Porrúa, México, 2017.
- SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, “Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad”, en la obra colectiva *Derecho constitucional comparado, Homenaje al profesor Rubén Hernández Valle*, Investigaciones Jurídicas, San José de Costa Rica, 2015.
- SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, *La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución Nacional a la Constitución Convencionalizada*, 2ª ed., 1ª reimp., Editorial Porrúa, México, 2017.
- SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, *Teoría de la Constitución*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001.
- SAIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- SÁNCHEZ LEÓN, NELSON CAMILO y JIMÉNEZ OSPINA, ALEJANDRO, “La selección y priorización de casos en la JEP”, en *Vniversitas*, N° 69, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2020.
- SANTIAGO ROMERO, ENRIQUE, “La JEP: instrumento de paz, justicia y verdad. Cambios unilaterales y arbitrarios, enemigos y perspectivas”, en la obra colectiva *El Acuerdo de Paz en Colombia, entre la perfidia y la potencia*

*transformadora* (JAIRO ESTRADA ÁLVAREZ, coordinador), Ediciones Impresol, 2019.

SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO, *El concepto de convencionalidad. Vicisitudes para su construcción sustancial en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Ideas fuerzas rectoras*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017.

SANTOLAYA, PABLO, “La apertura de las Constituciones a su interpretación conforme a los tratados internacionales”, en la obra colectiva *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales constitucionales y Cortes Internacionales* (EDUARDO FERRER MAC-GREGOR y ALFONSO HERRERA GARCÍA, Coordinadores), Editorial Tirant lo Blanch, México, 2013.

SCELLE, G., *Precis de Droit des Gens*, Vol. I, Traducción y cita de VARGAS CARREÑO, París, 1932.

SERRANO GUZMÁN, SILVIA, *El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2013.

SHARF, MICHEL P., “La excepción de amnistía en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional”, en la obra colectiva *¿Son compatibles las amnistías y la Corte Penal Internacional?* (YESID REYES ALVARADO, Editor), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018.

SIERRA PORTO, HUMBERTO, “La Corte Constitucional colombiana frente al control de convencionalidad”, en la obra colectiva *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (coordinadores EDGAR CORZO SOSA, JORGE ELISES CARMONA TINOCO & PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI), México, Tirant lo Blanch, 2013.

SIERRA PORTO, HUMBERTO, “Treinta y cinco años de funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: esbozo de una trayectoria y nuevos desafíos”, en la obra colectiva *La América de los Derechos*

(coordinadores PABLO SANTOLAYA e ISABEL WENCES), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.

STEWART, JAMES, Fiscal Adjunto de la Corte Penal Internacional, *La Justicia Transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional*, conferencia dictada el 13 de mayo de 2015 en la Universidad del Rosario, Bogotá (Colombia).

SWINARSKI, CHRISTOPHER, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1984.

TAMARIT SUMALLA, JOSEP, “Introducción”, en la obra colectiva *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Editorial Atelier, Barcelona, 2010.

TIRADO MEJÍA, ÁLVARO, *Colombia en la OEA*, Banco de la República/El Áncora Editores, Bogotá, 1998.

ULLMANN, WALTER, *Historia del pensamiento político en la Edad Media*, Editorial Ariel, Barcelona 2013.

UPRIMNY YEPES, RODRIGO, “El Bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal”, en la obra colectiva de la OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, T. I., Bogotá, 2002.

UPRIMNY YEPES, RODRIGO; SÁNCHEZ DUQUE, LUZ MARÍA y SÁNCHEZ LEÓN, NELSON CAMILO, *Justicia para la paz, crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, Bogotá, 2014.

VACAS FERNÁNDEZ, FÉLIX, *El conflicto de Colombia y los Acuerdos de Paz en perspectiva internacional. Evolución, procesos de paz y derechos de las víctimas a la luz del derecho y las relaciones internacionales*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2018.

- VANOSI, JORGE REINALDO, *Supremacía y control de constitucionalidad. Teoría constituyente*, T. II, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1976.
- VERDROSS, ALFRED, *Derecho Internacional Público*, Trad. de Antonio Truyol Sierra, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1976.
- VERDROSS, ALFRED, *Derecho público internacional*, 5ª ed. española, Editorial Aguilera, Madrid, 1967.
- VILLAN DURÁN, CARLOS y FALEH PÉREZ, CARMELO, *El Sistema Universal de protección de los derechos humanos. Su aplicación en España*, Editorial Tecnos, Madrid, 2017.
- VILLA-REAL MOLINA, RICARDO VILLA y DEL ARCO TORRES MIGUEL ÁNGEL, *Derecho Internacional*, Editorial Comares, Granada, 2006.
- VIO GROSSI, EDUARDO, “El control de convencionalidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, DR Konrad Adenauer Stiftung e. V, Bogotá, 2018.
- VON BOGDANDY, ARMIN, “Configurar la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional público”, en: ARMIN VON BOGDANDY y otros (Coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización, ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, T. II, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAN, Max-Planck, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2010.
- VON BOGDANDY, ARMIN, “*Ius constitutionale commune latinoamericanum*. Una aclaración conceptual”, en la obra colectiva de ARMIN VON BOGDANDY y otros (Coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAN, Max-Planck, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2014.
- WERLE GERHARD, *Tratado de derecho penal internacional*, 2ª ed., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia (España), 2011.

ZAPPALÁ, SALVATORE, *Qué es la justicia penal internacional*, traducción de Mario Trigo, Editorial Proteus, Madrid, 2010.

ZEHR HOWARD, “Retributive justice, restorative justice”, en MENNONITE CENTRAL COMITÉ, *Office of Crimine and Justice*, Editorial Comares, Granada, septiembre de 1985.

ZULUAGA, JOHN, ¿Qué nos enseñan los dos años primeros años de la JEP? En *Periódico Ámbito Jurídico*, 3 al 15 de marzo de 2020.

## **2. Jurisprudencia internacional**

### **a. CPJI**

C.P.J.I., Caso Wimbledon, 1924, Series A, N° 1.

C.P.J.I., Caso de Las Zonas Francas de la Alta Saboya”, 1930, Series A, N° 24.

C.P.J.I., Caso del trato de los nacionales polacos, 1927, Series A, N° 10.

C.P.J.I., Opinión Consultiva, *Trato a los nacionales polacos y a otras personas de origen o lengua polaca en el territorio de Danzing*, febrero 4 de 1932.

### **b. TEDH**

TEDH, Caso Strelez, Kessler y Krenz contra Alemania, Sentencia de marzo 22 de 2001.

### **c. Corte IDH**

CORTE IDH Caso Gonzáles Lluy y otros contra Ecuador, Sentencia de septiembre 1° de 2015.

CORTE IDH Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar)”, Sentencia de noviembre 20 de 2012.

Corte IDH, Caso Almonacid Arellano contra Chile, Sentencia de septiembre 26 de 2006, párr. 124.



CORTE IDH, Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) contra Costa Rica, Sentencia de noviembre 28 de 2012.

CORTE IDH, Caso Baldeón García contra Perú, Sentencia de abril 6 de 2006.

CORTE IDH, Caso Barrios Altos contra Perú, Sentencia de marzo 14 de 2011, y sentencia de interpretación de septiembre 2 de 2011. Voto concurrente del juez.

CORTE IDH, Caso Cabrera García y Montiel Flórez contra México, Sentencia de noviembre 26 de 2010.

CORTE IDH, Caso Caesar contra Trinidad y Tobago, Sentencia de marzo 11 de 2005.

CORTE IDH, Caso Carpio Nicolley y otros, Sentencia de noviembre 22 de 2004.

CORTE IDH, Caso Castañeda Gutman contra los Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de agosto 6 de 2008.

CORTE IDH, Caso Castillo Petrucci contra Perú, Sentencia de mayo 30 de 1999.

CORTE IDH, Caso Cesti Hurtado contra Perú, Sentencia de septiembre 4 de 1998.

CORTE IDH, Caso Chitay Nech y otros, Sentencia de mayo 5 de 2010.

CORTE IDH, Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros contra Honduras, sentencia de octubre 8 de 2015.

CORTE IDH, Caso Contreras y otros contra El Salvador, Sentencia de agosto 31 de 2011.

CORTE IDH, Caso Dacosta Cadogan contra Barbados, Sentencia de septiembre 24 de 2009.

CORTE IDH, Caso de la Masacre de La Rochela contra Colombia, Sentencia de mayo 11 de 2007.

CORTE IDH, Caso de La Masacre de Las Dos Erres contra Guatemala, Sentencia de noviembre 24 de 2009.

CORTE IDH, Caso de La Masacre de Mapiripán contra Colombia, Sentencia de septiembre 15 de 2005.

CORTE IDH, Caso de la Masacre de Santo Domingo contra Colombia, Sentencia de noviembre 30 de 2012.

CORTE IDH, Caso de la Panel Blanca (Paniagua Morales y otros) contra Guatemala, Sentencia de marzo 8 de 1998.

CORTE IDH, Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (Operación Génesis) contra Colombia, Sentencia de noviembre 20 de 2013.

CORTE IDH, Caso de las Hermanas Serrano Cruz contra El Salvador, Sentencia de noviembre 23 de 2004.

CORTE IDH, Caso de las Masacre de Ituango, sentencia de julio 1° de 2006, párr. 402;

CORTE IDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) contra Guatemala, Sentencia de noviembre 19 de 1999.

CORTE IDH, Caso de Personas Dominicana y Haitianas expulsadas contra República Dominicana, Sentencia de agosto 28 de 2014.

CORTE IDH, Caso de Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra el Perú, Fondo y Reparaciones, Sentencia de noviembre 24 de 2006.

CORTE IDH, Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú, Sentencia de noviembre 20 de 2014.

CORTE IDH, Caso Favela Novoa Brasilia vs. Brasil, Sentencia de febrero 16 de 2017.

CORTE IDH, Caso Fermín Ramírez contra Guatemala, Sentencia de junio 20 de 2005.

CORTE IDH, Caso Fernández Ortega y otros vs. México, Sentencia de agosto 30 de 2010.

CORTE IDH, Caso García y familiares, Sentencia de noviembre 29 de 2012

CORTE IDH, Caso Gelman contra Uruguay, Sentencia de febrero 24 de 2011.

CORTE IDH, Caso Goiburú contra Paraguay y otros, Sentencia de septiembre 22 de 2006.

CORTE IDH, Caso Gomes Lund (“Guerrilla Araguara”) contra Brasil, Sentencia de noviembre 24 de 2010.

CORTE IDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) contra México, Sentencia de noviembre 16 de 2009.

CORTE IDH, Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”), Sentencia de noviembre 20 de 2012.

CORTE IDH, Caso Herzog y otros contra Brasil, Sentencia de marzo 15 de 2018.

CORTE IDH, Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña contra Bolivia, Sentencia de septiembre 1° de 2010.

CORTE IDH, Caso Instituto de Reeducción del Menor contra Paraguay, Sentencia de septiembre 2 de 2004.

CORTE IDH, Caso La Cantuta contra Perú, Sentencia de noviembre 29 de 2006.

CORTE IDH, Caso Las Palmeras contra Colombia, Sentencia de febrero 4 de 2000.

CORTE IDH, Caso Liakat Ali Alibux contra Suriname, Sentencia de enero 30 de 2014.

CORTE IDH, Caso López Lon contra Honduras, Sentencia de octubre 5 de 2015.

CORTE IDH, Caso Lori Berinson Mejía contra Perú, Sentencia de noviembre 25 de 2004.

CORTE IDH, Caso Manuel Cepeda Vargas contra Colombia, Sentencia de mayo 26 de 2010.

CORTE IDH, Caso Masacre de los 19 comerciantes contra Colombia, Sentencia de julio 5 de 2004.

CORTE IDH, Caso Masacre de Pueblo Bello, Sentencia de enero 31 de 2006.

CORTE IDH, Caso Masacre de Santo Domingo contra Colombia, Sentencia de noviembre 30 de 2012.

CORTE IDH, Caso Masacre El Mozote y lugares aledaños contra El Salvador, Sentencia de octubre 25 de 2012.

CORTE IDH, Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala, Sentencia de septiembre 4 de 2012.

CORTE IDH, Caso Mendoza y otros contra Argentina, Sentencia de mayo 14 de 2013.

CORTE IDH, Caso Miembros de la Aldea Chichupac y Comunidades vecinas del Municipio de Rabinal contra Guatemala, Sentencia de noviembre 30 de 2016.

CORTE IDH, Caso Mohamed contra Argentina, Sentencia de noviembre 23 de 2012.

CORTE IDH, caso Myrna Mac Chang, Sentencia de noviembre 25 de 2003, párr. 276.

CORTE IDH, Caso Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco contra México, Sentencia de noviembre 28 de 2018.

CORTE IDH, Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros contra Chile, Sentencia de septiembre 2 de 2015.

CORTE IDH, Caso Órdenes Guerra y otros contra Chile, Sentencia de noviembre 29 de 2018.

CORTE IDH, Caso Palamara Iribarne contra Chile, Sentencia de noviembre 22 de 2005.

CORTE IDH, Caso Paniagua Morales contra Guatemala, sentencia de marzo 8 de 1998.

CORTE IDH, Caso Quispialaya Vilcapoma contra Perú, sentencia de noviembre 23 de 2015.

CORTE IDH, Caso Radilla Pacheco contra México, Sentencia de noviembre 23 de 2009.

CORTE IDH, Caso Raxcacó Reyes contra Guatemala, Sentencia de septiembre 15 de 2005.

CORTE IDH, Caso Ríos y otros contra Venezuela, Sentencia de enero 28 de 2009.

CORTE IDH, Caso Rochac Hernández y otros contra El Salvador, Sentencia de octubre 14 de 2014.

CORTE IDH, Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) contra Colombia, Sentencia de noviembre 14 de 2014.

CORTE IDH, Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, Sentencia de agosto 31 de 2010.

CORTE IDH, Caso Tenorio Roca y otros, sentencia de junio 22 de 2016.

CORTE IDH, Caso Tiu Tojin, Sentencia de noviembre 26 de 2008.

CORTE IDH, Caso Trabajadores cesados del Congreso contra Perú, Sentencia de noviembre 24 de 2006.

CORTE IDH, Caso Usón Ramírez contra Venezuela, Sentencia de noviembre 30 de 2009.

CORTE IDH, Caso Vásquez Durand y otros contra Ecuador, Sentencia de febrero 15 de 2017.

CORTE IDH, Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, Sentencia de julio 29 de 1988.

CORTE IDH, Caso Vélez Loor contra Panamá, Sentencia de noviembre 23 de 2012.

CORTE IDH, Caso Yátama *contra* Nicaragua, Sentencia de junio 23 de 2005.

CORTE IDH, Caso Zambrano Vélez contra Ecuador, Sentencia de julio 4 de 2007.

CORTE IDH, Caso Fermín Ramírez contra Guatemala, sentencia de junio 20 de 2005.

CORTE IDH, Caso Petro Urrego contra Colombia, Sentencia de julio 8 de 2020.

CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-8/87 de enero 30 de 1987, *El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías* (Arts. 27.2, 25.1 Y 7.6 CADH)

CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-14/94, de diciembre 9 de 1994, Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, de septiembre 17 de 2003, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*.

CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-21/14, de agosto 19 de 2014, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en la necesidad de protección internacional”.

CORTE IDH, Opinión Consultiva, OC-22/16, de febrero 26 de 2016, “Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de

la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1.a y b del Protocolo de San Salvador)".

CORTE IDH, Opinión Consultiva, OC-25/18, de mayo 30 de 2018. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

CORTE IDH, Resolución de agosto 31 de 2017, de supervisión de cumplimiento de sentencia de octubre 25 de 2012.

CORTE IDH, Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia de agosto 31 de 2017.

CORTE IDH, Resolución de Medidas Urgentes del Presidente Eduardo Ferrer Mac-Gregor y de supervisión de cumplimiento de sentencia de mayo 28 de 2019.

#### **d. CIDH**

CIDH, Informe país Colombia. Verdad, justicia y reparación. OEA/Ser. L/V/II, Doc 49/13, diciembre 31 de 2013.

CIDH, Comunicado de Prensa 144A/12, Observaciones preliminares de la CIDH sobre la visita *in loco* a Colombia, emitido al culminar su visita, diciembre 7 de 2012. CIDH, *Informe país Colombia. Verdad, justicia y reparación*. OEA/Ser. L/V/II, Doc. 4. 2014. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/Justicia-Verdad-Reparacion-es.pdf>

CIDH, *Estándares jurídicos: igualdad de género y derechos de las mujeres*, Washington, OEA, 2015.

CIDH, Segundo Informe sobre la situación de los derechos humanos en Perú, OEA/Ser.L/VII.106, Doc. 59 rev., junio 2 de 2000.

CIDH, *Universalización del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Consideraciones sobre la ratificación universal de la Convención Americana y otros tratados interamericanos de derechos humanos*, Washington, 2014.

CIDH Caso 12.513, Fondo, Prince Pinder contra Bahamas, octubre 15 de 2007.

#### **e. Fiscalía de la Corte Penal Internacional**

FISCALÍA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Informe Preliminar sobre la situación de Colombia*, 2012.

FISCALÍA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Reporte Intermedio, situación Colombia*, noviembre de 2012.

FISCALÍA DE LA CPI, *Informe sobre las actividades de examen preliminar de 2018*.

FISCALÍA DE LA CPI, *Informe sobre las actividades de examen preliminar de 2019*.

Judgement, Trial of Major War Criminals before the International Military Tribunal, Nüremberg, 14 November 1945 – 10 October 1946.

### **3. Jurisprudencia interna**

#### **a. Colombia**

##### **Corte Constitucional**

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-531 de 1993.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-225 de 1995.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-358 de 1997.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-538 de 1997.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-191 de 1998.



CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-400 de 1998.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-640 de 1998.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-010 de 2000.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-028 de 2000.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1189 de 2000.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-1391 de 2001.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1076 de 2002.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-067 de 2003.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-172 de 2004.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-578 de 2005.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-928 de 2005.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-028 de 2006.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-187 de 2006.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-370 de 2006.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-291 de 2007.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-240 de 2009.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-488 de 2009.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-141 de 2010.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-936 de 2010.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-941 de 2010.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-367 de 2010.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-711 de 2011.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-290 de 2012.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-415 de 2012.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-579 de 2012.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-653 de 2012.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-442 de 2013.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-579 de 2013

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-664 de 2013.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-269 de 2014.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-500 de 2014.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-458 de 2015.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-649 de 2015.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-327 de 2016.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-379 de 2016.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-469 de 2016.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-586 de 2016.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-007 de 2017.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-630 de 2017.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-647 de 2017.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-674 de 2017.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-007 de 2018.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-080 de 2018.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-111 de 2019.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-112 de 2019.

### **Consejo de Estado**

CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de septiembre 14 de 2011.

CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de unificación de agosto 28 de 2014.

CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de noviembre 21 de 2018.

## **Fiscalía General de la Nación**

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN COLOMBIANA, Informe N° 01, *Inventario de delitos del conflicto armado*, Bogotá, 2018.

### **b. Argentina**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, Caso Verbitsky Horacio/habeas corpus, 03.05.05, fallos: 328:1146.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE MENDOZA, SALA SEGUNDA, Sentencia de diciembre 23 de 2015, asunto del Hábeas corpus correctivo y colectivo (Penitenciaría de Mendoza).

### **c. Otros países**

Tribunal Constitucional de Bolivia, SC 0051/05, 2005.

Tribunal Constitucional de Ecuador, Sentencia N° 001-09-SCN.

Tribunal Constitucional de Perú, Expediente N° 0004-1996-I/TC, 03.01, 1977.

## **4. Instrumentos internacionales**

### **Asamblea General de la OEA**

Carta de la Organización de los Estados Americanos (1948).

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948).

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985).

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de derechos económicos, sociales y culturales, “Protocolo de San Salvador” (1988).

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena muerte (1990).

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994).

Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad (1999).

Convención Interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia (2013).

Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia (2013).

Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores (2015).

### **Asamblea General de la ONU**

Carta de la Organización de las Naciones Unidas (1945).

Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).

Convenios de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario (1949).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).

Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad (1968).

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969).

Protocolo I, Relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (1977).

Protocolo II, Relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (1977).

Convención sobre los Derechos del Niño (1989).

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998).

Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados (2000).

### **5. Prensa**

ÁVILA, CAROLINA. entrevista a DIANA ISABEL GÜIZA, Diario *El Espectador*, abril 14 de 2020.

EL ESPECTADOR, Entrevista del Magistrado Alejandro Valencia Villa de la Comisión de la Verdad de la JEP. “*Los comparecientes no están comprometidos con la verdad*”, febrero 16 de 2020, Bogotá.

EL TIEMPO, Entrevista a Carlos Bernal Pulido, *¿Cómo es la Corte Constitucional por dentro?* Bogotá, agosto 18 de 2000.